Die gesetzlichen Konkurrenzverbote

im Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897

unter Berücksichtigung der hauptsächlichsten Bestimmungen des alten Rechts

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Horst Bamberg

Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Die gesetzlichen Konkurrenzverbote

im Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897

unter Berücksichtigung der hauptsächlichsten Bestimmungen des alten Rechts

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Horst Bamberg

Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0099

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Entstehung und Geschichte des Konkurrenzverbotes 1

§ 2. Die einzelnen Konkurrenzverbote nach ihrem Inhalt und legislatorischen Grund 6

I. Umfang der einzelnen Konkurrenzverbote.

§ 3. Das Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge 11

§ 4. Das Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft 25

§ 5. Das Konkurrenzverbot für die Gesellschafter der offnen Handelsgesellschaft, die Komplementäre der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien 28

§ 6. Das Konkurrenzverbot für die Handlungsagenten 31

§ 7. II. Dauer der Konkurrenzverbote 33

III. Folgen der Verbotsübertretung.

§ 8. Im allgemeinen 38

§ 9. Der Anspruch auf Schadensersatz 41

§ 10. Das Eintrittsrecht 44

a) sein Wesen,

b) seine Wirkung.

§ 11. Das Verhältnis von Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht zueinander 51

§ 12. IV. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs und Eintrittsrechts 54

§ 13. V. Sonstige Rechte aus der Verbotsübertretung 59

§ 14. VI. Einwilligung und Genehmigung 64

§ 15. VII. Verjährung der Ansprüche auf Schadensersatz und aus dem Eintrittsrecht 70

Literaturverzeichnis.

Anschütz und **v. Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. und 9. Aufl.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1886/1896.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 8. Leipzig 1890.

Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs in deutscher Übersetzung. Bd. 5.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Bd. 1.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Erlangen 1874.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 4. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1887.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven. 1857.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. 1896.

Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen. 1897.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1899.

Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1891.

Gierke, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 45. 1896.

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Erlangen 1874.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB. 2. und 3. Aufl. 1879.

Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot nach dem HGB. für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Inaug.-Diss. Greifswald 1899.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und der Handlungslehrlinge vom 1. Januar 1898 ab. Berlin 1897.

Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Keyßner, Liquidation der offnen Handelsgesellschaft. In Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 1.

Laband, In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 10.
Lastig, In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 1.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Lubszynski, Das Eintrittsrecht des Prinzipals in Eigengeschäfte seines Gehilfen.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. 1898.
Pilz, Der Prinzipal und seine Angestellten. 1897.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.
Pöhlmann, Die Wirtschaftspolitik der Florentiner Frührenaissance und das Prinzip der Verkehrsfreiheit.
Protokolle der Kommission zur Beratung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinenen deutschen HGB. 4. Aufl. 1893.
Puchta, Pandekten.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.
v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sick, Die Rechte des Prinzipals aus Art. 56, 59 HGB. 1896.
Staub, Kommentar zum HGB. 6. und 7. Aufl. 1900.
Tiedemann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen. 1904.
Tischbein, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote des Handlungsrechts. Inaug.-Diss. 1902.
Warburg, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen nach altem und neuen HGB. Inaug.-Diss.
Wendt, In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 1.

§ 1.

Einleitung:
Entstehung und Geschichte des Konkurrenzverbots.

Wenn heute allgemein von dem Prinzip der Gewerbefreiheit gesprochen wird, so darf man sich unter dieser Gewerbefreiheit keine absolute denken, sondern muß sie sich als in vielen Punkten eingeschränkt vorstellen. Die Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869 beginnt zwar mit dem Satze: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet", die Fortsetzung dieses Satzes „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind" läßt aber schon zur Genüge durchblicken, daß die Gewerbeordnung eine Anzahl Bestimmungen enthält, welche der absoluten Gewerbefreiheit eine gewisse Grenze stecken. Solche Bestimmungen sind denn auch in den §§ 16, 29, 30, 31—33 GO. enthalten. Analog zu den in diesen Paragraphen enthaltenen Bestimmungen der Gewerbeordnung hat auch das Handelsgesetzbuch durch die sogen. Konkurrenzverbote eine Schranke, allerdings anderer Art als die der Gewerbeordnung, geschaffen. Unter „Konkurrenzverbot" versteht man die gesetzliche, subjektive Beschränkung der Handelsfreiheit für gewisse Personen des Handelsstandes für die Dauer ihres Dienst- bezw. Gesellschaftsverhältnisses zur Verhütung von Interessenkollisionen. Wenn wir nun im voraus erwähnen, daß einigen Personen des Handelsstandes, so dem Handlungssgehilfen und Handlungslehrling, ferner auch dem Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft nicht nur jede Konkurrenztätigkeit, sondern überhaupt ein eignes Handelsgewerbe zu betreiben untersagt ist, so finden wir, daß der Begriff „Konkurrenz"verbot bezüglich der genannten Personen ein zu

enger ist. Dennoch ist er der Einfachheit halber auch für sie beibehalten worden.

Die Geschichte des Konkurrenzverbots läßt sich bis ins Mittelalter zurückverfolgen. Bereits im alten Rom nach einem Konkurrenzverbot zu suchen, wäre überflüssig. Dort waren es der Sklave und der Haussohn, welche die Dienste des Handlungsgehilfen versahen. Ihre ganze Tätigkeit gehörte ihrem dominus bezw. ihrem pater familias, sie konnten nicht selbständig Handel und Gewerbe betreiben und berechtigten und verpflichteten aus ihrem Handeln lediglich den dominus und pater familias. Nun ist zwar behauptet worden,[1]) in den Digesten fände sich eine Stelle, die allerdings auf das Vorhandensein eines Konkurrenzverbots im römischen Recht schließen lasse. Es handelt sich um die Stelle l. 5 § 5 D. de neg. gest. III, 5.: „Sed si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione." Aus dieser allgemein gehaltenen Stelle auf ein Konkurrenzverbot für Handlungsangestellte zu schließen, liegt aber ziemlich fern. Die Geschichte des Konkurrenzverbots reicht vielmehr, wie erwähnt, bis ins Mittelalter zurück. Cosack[2]) bezeichnet es als „eine bereits im Mittelalter ausgebildete Rechtsregel", daß der Gehilfe Handelsgeschäfte nur für Rechnung seines Dienstherrn vornehmen darf, nicht für Rechnung eines Dritten oder für eigene Rechnung. Und in der Tat hat Goldschmidt[3]) — und Cosack verdankt Goldschmidt die Kenntnis hiervon — festgestellt, daß in Statuten aus den Jahren 1301 und 1332 ein „Verbot von Geschäften für eigene und fremde Rechnung" zu finden ist, welches sich gegen Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge richtet. Es handelt sich hier um die „statuta di Calimala der florentinischen Calimala-Zunft, „welche den Handel mit französisch-flandrischen Tüchern und deren

---

[1]) Lubszinsky, Das Eintrittsrecht S. 34.
[2]) Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1, Erlangen 1874.
[3]) Handbuch des Handelsrechts Bd. 1, Erlangen 1874.

Verfeinerung in Florenz betrieb",[4]) die, wie erwähnt, den Handlungsgehilfen, nämlich den „famuli, fattori, institori" Konkurrenztätigkeit verboten. Mit Recht aber kann man, um Pöhlmann[5]) zu zitieren, dies durch die statuta di Calimala auferlegte Konkurrenzverbot für verhältnismäßig mild erklären „gegenüber jenem System von Fesseln im Lehrlings- und Gesellenwesen, worin andere zünftige Gesetzgebungen — man denke nur an die damaligen Pariser Handwerksordnungen — so erfinderisch gewesen sind". Pöhlmann[6]) nennt denn auch das Konkurrenzverbot in den Statuten der Schmiede, Riemer, Materialwarenhändler, Tuchkrämer und Panzerschmiede, daß nämlich „der Geselle keine Meisterarbeit verrichte, d. h. auf eigene Rechnung zum Verkauf an andere arbeite oder Lehrlinge halte", eine unmittelbare Konsequenz des Zunftzwangs. Mochte nun auch in den Bestimmungen der Pariser Handwerksordnungen eine große Härte für den Gesellen liegen, der gesunde Gedanke, daß durch selbständige Geschäfte das Interesse des Gesellen vom Geschäft des Prinzipals abgelenkt und hierdurch das Geschäft des Prinzipals geschädigt würde, ließ sich nicht verkennen. Dieser Gedanke hat sich auch weiterhin erhalten und hat die Anregung gegeben, daß, als nach einer Zeit des Niedergangs Handel und Gewerbe gegen Ende des 18. Jahrhunderts wieder mächtigen Aufschwung nahmen, folgende Paragraphen in das preuß. allgem. Landrecht von 1794, ALR. II 8 aufgenommen wurden:

> § 523. Ohne ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals darf kein Faktor Handelsgeschäfte auf eigne Rechnung treiben.
>
> § 524. Hat er es dennoch getan, so gehört aller dadurch erhaltener Gewinn dem Prinzipal.
>
> § 525. Besteht eine solche Handelsunternehmung aus mehreren verbundenen Geschäften, so muß der Prinzipal, wenn er sich den Vorteil bei dem einen Geschäft

---

[4]) Pöhlmann, Die Wirtschaftspolitik der Florentiner Frührenaissance und das Prinzip der Verkehrsfreiheit.

[5]) S. 73.

[6]) S. 73.

zueignen will, auch den Schaden bei den übrigen mit übernehmen.

„Faktor" war der oberste Handlungsdiener und somit Stellvertreter des Prinzipals. Daß gerade für ihn ein Konkurrenzverbot geschaffen wurde, während von einem solchen für die übrigen Angestellten nichts erwähnt wurde, mag vielleicht daran liegen, daß man in damaliger Zeit eine ernstliche Konkurrenz von den übrigen Handlungsgehilfen noch nicht befürchtete. Ihre wirtschaftliche Stellung mag denn auch noch eine verhältnismäßig geringe gewesen sein. Der Faktor spielte übrigens auch eine Rolle im spanischen HGB. vom 30. 5. 1829 und zwar im Art. 180. Die Bestimmung des Art. 180 ist in das neue spanische HGB. vom 16. 10. 1885 mit übernommen worden. Dort schreibt Art. 288 den Faktoren vor, daß sie „keinen Handel für eigne Rechnung betreiben, auch sich nicht unter eignem oder fremdem Namen bei Geschäften derselben Art beteiligen, wie die, welche sie im Namen ihrer Prinzipale machen, es sei denn, daß letztere sie ausdrücklich dazu ermächtigt haben".[7])

An die vorerwähnten Bestimmungen in §§ 523 – 525 des ALR. hat sich der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857 in Art. 46 eng, allerdings in einem Punkte erweiternd angeschlossen. Er hat nämlich das Verbot noch auf Handelsgeschäfte für Rechnung eines Dritten ausgedehnt und bestimmte:

> „Ein Faktor darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigne Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen. Eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Erteilung der Prokura bekannt war, daß der Faktor ein Handelsgewerbe betreibe, und er die Aufgebung desselben nicht ausdrücklich bedungen hat.
>
> Übertritt der Faktor diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens verlangen. Auch muß sich der Prinzipal auf Verlangen des Faktors

---

[7]) Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs in deutscher Übersetzung, Bd. 5; s. auch Warburg, Inaug-Diss. S. 12.

gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehn werden".

Erläuternd bemerken hierzu die Motive zum preußischen Entwurf S. 30, daß es mit der Pflicht eines Faktors, seine ganze Sorgfalt dem Handelsbetriebe des Prinzipals zuzuwenden, unvereinbar sei, ihm zu gestatten, ohne Erlaubnis des Prinzipals anderweitige Handelsgeschäfte zu treiben und wohl gar dem Prinzipal Konkurrenz zu machen. Als später die Bestimmungen des preußischen Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857 einigermaßen modifiziert in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch aufgenommen wurden, waren sie außer dem Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten allen andern Handlungsgehilfen auferlegt worden.[8]) Das Konkurrenzverbot des „Faktors" war beseitigt worden. Der Aufschwung des Handels hatte auch den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen eine bedeutendere wirtschaftliche Stellung verschafft, so daß nunmehr auch von ihrer Seite die Gefahr der Konkurrenz nicht mehr fern lag. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch schuf außerdem noch die Konkurrenzverbote für die Gesellschafter der offnen Handelsgesellschaft und die Komplementäre der Kommanditgesellschaft. Endlich führte die Aktiennovelle vom 18. 7. 1884 die Konkurrenzverbote für die Komplementäre der Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft ein. Im großen und ganzen, wenn auch mit einigen Änderungen hat endlich das neue Handelsgesetzbuch[9]) vom 10. 5. 1897 die Konkurrenzverbote des alten Handelsgesetzbuchs aufgenommen. In den §§ 60, 61, 76, 112, 113, 161, 236, 242 und 326 sind die sie betreffenden Bestimmungen enthalten.

Die Konkurrenzverbote des neuen Handelsgesetzbuchs nach ihrem Inhalt und legislatorischen Grund sowie nach ihrem Umfang, ihrer Dauer sowie den Folgen ihrer Übertretung darzu-

---

[8]) Art. 56, 59.

[9]) Folgende Abkürzungen werden von jetzt an gebraucht: a. HGB. = altes Handelsgesetzbuch, HGB. = neues Handelsgesetzbuch.

stellen, soll Zweck dieser Arbeit sein. Auf die sogen. Konkurrenzklausel soll hierbei nicht eingegangen werden.

§ 2.

Die einzelnen Konkurrenzverbote nach ihrem Inhalt und legislatorischen Grund.

Die Konkurrenzverbote des Handelsgesetzbuchs lassen sich in 2 Gruppen einteilen. Die 1. Gruppe betrifft diejenigen Personen des Handelsstands, denen außer der reinen Konkurrenztätigkeit überhaupt der Betrieb eines Handelsgewerbes untersagt ist, während die 2. Gruppe auf denjenigen Personenkreis Anwendung findet, welchem lediglich die reine Konkurrenztätigkeit verboten ist.

Zur 1. Gruppe gehört das Konkurrenzverbot für die Handlungsgehilfen (§ 60), Handlungslehrlinge (§ 75) und Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (§ 236). Man nennt dies Verbot, da es, wie erwähnt, über den Rahmen eines „reinen Konkurrenzverbots“ hinausgeht, das „Konkurrenzverbot im weitern Sinne“ oder „strenges Konkurrenzverbot“. Im einzelnen schreibt § 60 HGB. — und dieser Paragraph ersetzt den Art. 59 a. HGB. — vor:

> „Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweig des Prinzipals für eigne oder fremde Rechnung Geschäfte machen.“

Diese Bestimmungen sind laut § 75 auf den Handlungslehrling ausgedehnt. Fast wörtlich, natürlicherweise modifiziert lautet das Konkurrenzverbot für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft in

> § 236: „Die Mitglieder des Vorstands dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigne oder fremde Rechnung Geschäfte machen.“

Erweitert wird das Verbot des § 236 durch den Zusatz, daß den Vorstandsmitgliedern auch die Teilnahme als persönlich haftende Gesellschafter an einer andern Handelsgesellschaft

untersagt ist. Was der § 236 für die Vorstandsmitglieder vorschreibt, gilt nach § 242 auch für deren Stellvertreter.[1])

Das durch die §§ 60, 236 HGB. statuierte Verbot, dem man übrigens auch den Namen eines „qualifizierten Konkurrenzverbots" beigelegt hat, überschreitet wie gesagt, den Rahmen eines reinen Konkurrenzverbots. Ein reines Konkurrenzverbot geht von dem Gedanken aus, daß das beispielsweise zwischen Prinzipal und Gehilfen begründete Vertrauensverhältnis dadurch untergraben würde, wenn der Gehilfe gerade denjenigen benachteiligte, dessen wirtschaftliches Wohl er fördern sollte. Denn auf der Hand liegt, daß gerade eine Konkurrenz von seiner Seite besonders gefährlich werden müßte, da ihm doch bei seiner Konkurrenztätigkeit die Kenntnis der Bezugsquellen, Geschäftsverbindungen und Geschäftsgeheimnisse des Prinzipals zustatten käme. Das strenge Konkurrenzverbot geht aber weiter. Das Gesetz bezweckt mit ihm nicht nur Unterdrückung jedweden schädigenden Wettbewerbs, sondern will vor allem die Arbeitskraft des Gehilfen und des Vorstandsmitglieds im vollen Maße an das Geschäft des Prinzipals bezw. an die Aktiengesellschaft fesseln, jene Personen „mit ihrem ganzen Interesse erhalten".[2]) „Nicht nur der Gedanke an eine unliebsame Konkurrenz in demselben Handelszweige — so bemerkt Wendt[3]) hierzu —, sondern überhaupt die Meinung, der Gehilfe habe alle seine Sorge und sein gesamtes Interesse auf die Erfüllung seiner Dienstpflichten zu konzentrieren, ist der Geist jenes Verbots." Durch den Betrieb eines eignen Handelsgewerbes würde der Gehilfe zweifellos einen Teil seiner Arbeitskraft dem Geschäfte des Prinzipals entziehen. Übrigens ist mit Recht vielfach bemerkt worden, daß Gehilfe und Vorstandsmitglied das strenge Verbot durch Betreiben eines Gewerbes, das nicht Handelsgewerbe ist, umgehen können. Denn auch durch den Betrieb eines solchen Nichthandelsgewerbes würde die Arbeitskraft wohl abgelenkt werden können. — Begründen läßt sich

---

[1]) vgl. aber die Einschränkung des § 248, 1 HGB.

[2]) Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. Bd. 1 zu § 60 Nr. 3.

[3]) bei Endemann Bd. 1 S. 254.

das strenge Konkurrenzverbot mit dem zugrunde liegenden Dienstvertrag; denn in einem Dienstverhältnis stehen zweifellos — bei den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen ist dies selbstverständlich — auch die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft zu dieser, soweit sie natürlich Entgelt erhalten, also in den meisten Fällen. Der § 236 HGB. ist für die Aktiengesellschaft wertvoller als der § 60 HGB. für den Einzelkaufmann, denn dieser kann einerseits seinen Gehilfen besser beaufsichtigen als die Aktiengesellschaft ihren Direktor, anderseits sind die kaufmännischen Fähigkeiten eines Handlungsgehilfen in den meisten Fällen weit geringer als die des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft. Betreffs der Angemessenheit der Ausdehnung des strengen Konkurrenzverbots auf die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft wäre noch zu erwähnen, daß diese nicht persönlich haften, daß sie mit Kapital an der Aktiengesellschaft nur beteiligt sind, soweit sie selber Aktionäre sind, daß sie ferner nur dann am Gewinn interessiert sind, falls sie Tantieme erhalten. Sie sind aus allen diesen Gründen weniger am Prosperieren der Aktiengesellschaft interessiert und bei ihnen wird die Gefahr, daß sie ihre Arbeitskraft noch einem andern Handelsgewerbe widmen, näher liegen als beispielsweise bei den Gesellschaftern der offnen Handelsgesellschaft. Denn diese werden, da sie persönlich haften und am Gewinn und Verlust beteiligt sind, auch ohne besondere Zwangsmittel so viel als möglich der eignen Gesellschaft zuwenden.[4])

Zur 2. Gruppe der Konkurrenzverbote, den sogen. „Konkurrenzverboten im engeren Sinne“ oder „einfachen Konkurrenzverboten“ gehören die für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, die Komplementäre der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien geltenden Verbote. Es sind, wie erwähnt, reine Konkurrenzverbote. Der § 112 HGB. bestimmt nämlich zunächst für den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, „er dürfe ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handels-

[4]) Tischbein, Inaug. Diss. S. 19.

gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen". Dasselbe Verbot trifft in § 161 Abs. 2 den Komplementär einer Kommanditgesellschaft, nicht jedoch den Kommanditisten (§ 165 HGB.) und findet nach § 326 Abs. 1 wiederum auf den Komplementär der Kommanditgesellschaft auf Aktien Anwendung. Allen diesen Personen wird also lediglich jedwede Konkurrenztätigkeit untersagt, während ihnen abgesehen hiervon freisteht, ein eigenes Handelsgewerbe zu betreiben. Und dies hat wie schon früheren Orts erwähnt (S. 8) seinen Grund darin, daß jene Personen persönlich haften und an Gewinn und Verlust ihrer Gesellschaft beteiligt sind, weshalb sie schon aus eigenem Antrieb ihre ganze ungeschmälerte Arbeitskraft auf die eigene Gesellschaft verwenden werden. Die Gefahr, sie könnten ihr Hauptinteresse auf ein anderes Handelsgewerbe konzentrieren, wird deshalb fern liegen. Indessen ist auch ihnen die Konkurrenztätigkeit untersagt, weil die Gesellschafter, mag ihnen nun die Geschäftsführung oder nur ein Aufsichts- oder Kontrollrecht zustehen, auf Grund ihres Verhältnisses zur Gesellschaft einen so genauen Einblick in deren Geschäftsbetrieb gewinnen, daß sie Handelsverbindungen, Bezugsquellen, Fabrikationsgeheimnisse, Absatzgebiete, Spekulationen, Offerten usw. usw. zweifellos kennen lernen werden, und weil ein Ausbeuten gerade dieser Kenntnis für Sondergeschäfte der Gesellschaft den denkbar größten Schaden bringen würde.[5]) Der legislatorische Grund des Verbots ist aber nicht in der Befürchtung zu erblicken, der Gesellschafter könnte durch Geldverluste bei Sondergeschäften der eigenen Gesellschaft schaden, auch nicht in der Befürchtung, er könnte durch die anderweitigen Geschäfte die der Gesellschaft zu widmende Arbeitskraft und Zeit entziehen.[6])

Außer den Konkurrenzverboten, die bisher erwähnt worden sind, die also für den Handlungsgehilfen und Handlungslehrling, für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, den Komplementär der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien

---

[5]) Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 372/373.
[6]) Makower Bd. 1 zu § 112 Anm. 1.

gelten, sei noch eines weiteren Konkurrenzverbots Erwähnung getan. Der § 76 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs enthielt nämlich ein Konkurrenzverbot für den Handlungsagenten. Das Handelsgesetzbuch hat dieses Verbot nicht in der vom Entwurf vorgeschlagenen Fassung aufgenommen, sondern im § 84 für den Agenten nur folgendes bestimmt:

> „Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen, hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen."

Die Tendenz des Gesetzes ist, die Tätigkeit des Agenten insoweit einzuschränken, als sie sich mit der ordnungsgemäßen Führung der übernommenen Geschäfte und Verpflichtungen nicht vereinbaren läßt und die Interessen des Geschäftsherrn schädigt. Daß für den Handlungsagenten kein Konkurrenzverbot in dem Umfange wie beispielsweise das für den Handlungsgehilfen geschaffen werden konnte, ist natürlich. Das würde mit der Selbständigkeit des Agenten und den Gewohnheiten des Verkehrslebens im Widerspruch stehen.[7]) Denn der Agent, der seinen Erwerb im Dienste nur eines Geschäftsherrn wohl selten finden wird, ist auf eine ganze Reihe von Agenturen oder auf einen sonstigen Handelsbetrieb angewiesen.[8])

Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, daß versucht worden ist, ein Konkurrenzverbot für den stillen Gesellschafter zu konstruieren. Nach Behrend[9]) nämlich „scheint es fast, als betrachte man auch einen Konkurrenzbetrieb seitens des Komplementärs von vornherein als ausgeschlossen, während die hierher gehörigen Fälle bei der stillen Gesellschaft nicht bloß in abstracto ebensogut denkbar, sondern auch die Veranlassungen hierzu ebensogut möglich sind wie bei der Kommanditgesellschaft.

---

[7]) Lehmann-Ring Bd. 1 zu § 84 Nr. 5; Düringer-Hachenburg Bd. 1 zu § 84 Anm. 2.

[8]) Denkschrift zum Entwurf eines HGB.

[9]) Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 672 u. 673; Behrend-Staub, Komm. Bd. 1 zu § 335 Anm. 32.

Die das Vertragsverhältnis beherrschende bona fides führt in dieser Hinsicht für die stille Gesellschaft zu denselben Ergebnissen wie für die Kommanditgesellschaft und die offene Handelsgesellschaft". Wir wollen auf die Frage, ob es sich rechtfertigen läßt, ein Konkurrenzverbot für den stillen Gesellschafter zu konstruieren, weil ohne praktische Bedeutung, nicht eingehen. Das Handelsgesetzbuch läßt mit keinem Worte auf ein solches Verbot schließen, lehnt also durch Mangel einer ausdrücklichen besonderen Bestimmung ein Konkurrenzverbot für den stillen Gesellschafter ab.

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß für alle durch einen Dienstvertrag verpflichteten Personen des Handelsstandes in § 9, 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 1896 eine Ergänzung des Konkurrenzverbots geschaffen wird. Dort heißt es:

> „Mit Geldstrafe bis zu 3000 Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, mitteilt."

Zu diesen Strafen tritt in § 9 Abs. 3 noch die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens.

I.

Umfang der einzelnen Konkurrenzverbote.

§ 3.

Das Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Welche Personen „Handlungsgehilfen" sind, das ergibt sich aus der Legaldefinition des § 59 HGB. Es ist nach dieser

Definition unter Handlungsgehilfe zu verstehen, „wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist“. Handlungsgehilfen würden demnach beispielsweise Kommis, Kassierer, Buchhalter, Korrespondent, Bureauchef, Handlungsreisender, Magazinier und Geschäftsführer sein.[1]) Eine Legaldefinition des Begriffs „Handlungslehrling“ findet sich im Gesetz nicht. Staub definiert: Handlungslehrling ist derjenige, der in einem Handelsgewerbe zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung und zur Leistung der erlernten Dienste durch Vertrag angestellt ist.

Für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge gilt also nach § 60 HGB. (s. auch § 76, 1) das strenge Konkurrenzverbot. Das alte Handelsgesetzbuch war weiter gegangen und hatte in Art. 56 und 59 auch ein Konkurrenzverbot für den Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten statuiert. Heute sind Prokurist und Generalhandlungsbevollmächtigter nicht mehr als solche, sondern nur noch in ihrer Eigenschaft als Handlungsgehilfen, was allerdings meistens der Fall sein wird,[2]) dem Verbote unterworfen. Dahingegen ist das Verbot des neuen Handelsgesetzbuchs durch die Ausdehnung der Begriffe „Kaufmann“ und „Handelsgewerbe“ erweitert worden. Eine Änderung der Fassung des den Art. 56 und 59 alten HGB. entsprechenden § 60 HGB. machte sich außerdem deshalb erforderlich, weil das Handelsgesetzbuch nicht mehr den Begriff der absoluten und relativen Handelsgeschäfte kennt.

In § 60 HGB. heißt es also:

> „Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.“

Von dem legislatorischen Grund, dem Handlungsgehilfen den Betrieb eines Handelsgewerbes zu untersagen, ist schon im § 2 gesprochen worden, nach Staub soll verhütet werden, daß der Gehilfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kauf-

---

[1]) Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen 1897.

[2]) Staub Anm. 1 zu Art. 56.

manns auf sich ladet. Unter „Handelsgewerbe“ versteht man Gewerbe, deren Inhaber Kaufleute und deren Gegenstand Handelsgeschäfte sind. Als Handelsgewerbe charakterisiert sich der Gewerbebetrieb der in § 1 HGB. genannten Arten von Geschäften. Hierzu kommen die durch § 2 getroffenen gewerblichen Unternehmungen, d. h. diejenigen, welche nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, sofern der Unternehmer im Handelsregister eingetragen ist, sowie nach § 3 der Betrieb der mit Land- u. Forstwirtschaft verbundenen Nebengewerbe, sofern gleichfalls eine Eintragung des Unternehmens erfolgt ist.

Was heißt nun „ein Handelsgewerbe betreiben“? Die herrschende Meinung geht von der Definition des Kaufmannsbegriffes (§ 1 Abs. 1 HGB.) aus und ist der Ansicht, daß derjenige ein Handelsgewerbe betreibt, auf dessen Namen der Betrieb geschieht, gleichviel ob er persönlich oder durch Vertreter tätig wird, und daß nicht derjenige, welcher das Gewerbe betreibt, notwendig mit dem identisch sein muß, für dessen Rechnung es betrieben wird.[3]) So führt auch Goldmann[4]) aus, daß der ein Handelsgewerbe betreibt, „welcher Träger der für die Firma des Handelsgewerbes aus dem Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Rechte und Pflichten ist, also derjenige, in dessen Namen die Rechtsgeschäfte für das Handelsgewerbe abgeschlossen werden, gleichgültig, ob dies von dem Geschäftsinhaber persönlich oder von seinem berechtigten Vertreter geschieht. Ein Handlungsgehilfe wird dann ein Handelsgewerbe betreiben, wenn der Betrieb auf seinen Namen geht; daß ein anderer die tatsächliche Führung der Geschäfte hat, macht den Gewerbebetrieb nicht zu einem erlaubten. Um sich einer Zuwiderhandlung gegen das Gewerbeverbot schuldig zu machen, genügt es schon, wenn z. B. der Handlungsgehilfe als Inhaber einer Firma auftritt, und es ist nicht notwendig, daß er als Inhaber ins Firmenregister eingetragen ist. Anderseits verletzt auch der schon das Konkurrenzverbot, der zuläßt, daß

---

[3]) Staub zu § 1 Anm. 5 S. 41; Gareis S. 65; Düringer-Hachenburg zu § 1 IIIc S. 26.

[4]) S. 3.

sein Name in eine andere Firma aufgenommen wird und unter dieser Firma Geschäfte auch ohne seine Mitwirkung gemacht werden.[5]) Dem Betriebe eines Handelsgewerbes durch eigene Tätigkeit gilt derjenige durch Vertreter gleich,[6]) demjenigen für eigene Rechnung der für fremde. Der Betrieb eines Handelsgewerbes umfaßt auch die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft, selbst als von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter, an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Gesellschafter, an einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien als persönlich haftender Gesellschafter,[7]) dagegen nicht die Beteiligung als stiller Gesellschafter oder als Aktionär.[8]) Ob die Beteiligung als Kommanditist an einer einfachen Kommanditgesellschaft als Handelsgewerbebetrieb zu betrachten und daher dem Handlungsgehilfen untersagt ist, ist bestritten,[9]) wird allerdings größtenteils verneint. Rechtfertigen läßt sich indessen die Ansicht, daß auch die Beteiligung als Kommanditist an einer einfachen Kommanditgesellschaft als Handelsgewerbebetrieb zu betrachten ist, dann, wenn man in Erwägung zieht, daß der Kommanditist ins Handelsregister eingetragen wird, daß also die Geschäfte der Kommanditgesellschaft auch auf seinen Namen gehen. Dem wird aber wiederum entgegengehalten, daß der Kommanditist kein Kaufmann sei. Ein Kaufmann sei vielmehr nur der, welcher das Handelsgewerbe so betreibe, daß er seine volle Rechtspersönlichkeit einsetze, und dies sei beim Kommanditisten schon deshalb nicht der Fall, weil er nur bis zur Höhe seiner Einlage, also beschränkt hafte.

Der Ansicht Staubs, der unter dem Betriebe des Handelsgewerbes nur den Betrieb eines Handelsgewerbes im eigenen Namen versteht und demgemäß folgert, daß der das Geschäft seiner Ehefrau leitende Ehemann kein Handelsgewerbe betreibe, ist nicht beizustimmen. Vielmehr wird man mit Lehmann-Ring[10])

---

[5]) Warburg S. 76.

[6]) Bolze 11, 337.

[7]) Staub § 7 zu Art. 150 HGB.

[8]) Horrwitz S. 43.

[9]) Staub zu § 1 Anm. 8 S. 42; Goldmann zu § 1 S. 4; Düringer-Hachenburg zu § 1 III S. 26.

[10]) S. 157.

unter dem Betriebe eines Handelsgewerbes auch den Betrieb im fremden Namen verstehen und ihn als verboten erachten müssen. Denn es würde nicht der ratio legis entsprechen, wenn der Handlungsgehilfe das Gewerbeverbot einfach dadurch umgehen könnte, daß er den verbotswidrigen Betrieb auf den Namen seiner Frau gehen ließe.

Wann kann von einem begonnenen Handelsgewerbebetriebe gesprochen werden? Der Zeitpunkt des Beginnes ist mit der ersten zum Zwecke der Errichtung des Betriebes vorgenommenen Handlung gegeben.[11]) Soweit hingegen beispielsweise der Handlungsgehilfe die Absicht hat, den selbständigen Handelsgewerbebetrieb erst nach Ablauf seines Vertragsverhältnisses zu beginnen, werden ihm die hierauf abzielenden Vorbereitungshandlungen, als Miete von Geschäftsräumen, Wareneinkäufe, Abschlüsse von Dienstverträgen mit dem künftigen Personal, gestattet werden müssen.[12])

Abgesehen von solchen Vorbereitungshandlungen beginnt der Gewerbebetrieb beispielsweise im Falle des § 1 Abs. 2 Ziffer 3 HGB. mit dem Beginne von Verhandlungen zwecks Abschlusses von Versicherungsverträgen und im Falle des § 1 Abs. 1 Ziffer 1 HGB. mit dem Einkaufe der ersten, weiter zu veräußernden Waren, schließlich in den Fällen der §§ 2, 3 Abs. 2 HGB. mit der Vornahme der Eintragung ins Handelsregister.[13])

Tatfrage, die nur von Fall zu Fall entschieden werden kann, ist es, ob nur der Abschluß einzelner Geschäfte oder der Betrieb eines Handelsgewerbes vorliegt; die insoweit vorhandene Grenze ist keine absolute, sondern eine relative. Der Abschluß mehrerer Geschäfte kann unter Umständen schon ausreichen, um die Annahme des Betriebes eines Handelsgewerbes zu rechtfertigen; dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn bezüglich derselben ein einheitlicher Willensentschluß vorliegt und die mehreren Geschäfte sich als fortgesetzte Tätigkeitsakte erweisen, denen die Richtung und der Gegenstand der Tätigkeit gemeinsam sind.[14])

---

[11]) Entsch. des RG. in Strafsachen S. 27, 227 228.

[12]) vgl. Makower zu § 60 I S. 113.

[13]) Tiedemann S. 28.

[14]) Fuld S. 38.

Ist bisher davon die Rede gewesen, daß das Gesetz dem Handlungsgehilfen den Betrieb eines „Handelsgewerbes“ untersagt, so ist noch darauf hinzuweisen, daß § 60 HGB. dem Handlungsgehilfen nicht verbietet, jedes andere Gewerbe, das sich nicht als Handelsgewerbe darstellt, zu betreiben, überhaupt jeden anderen Beruf auszuüben, sich irgend eine andere Nebenbeschäftigung zu wählen. Daher kann der Kommis eines Fabrikanten beispielsweise Schreibarbeiten für andere anfertigen, die Buchführung für Dritte übernehmen, irgend eine Kunst oder Wissenschaft ausüben. Dies wird man ihm besonders für den Fall nicht versagen dürfen, daß er nur nebenbei für den Prinzipal tätig wird, z. B. an einzelnen Stunden des Tages die Bücher des Prinzipals nachträgt.[15]) Nichthandelsgewerbe und Nebenbeschäftigungen werden also, wie eben erwähnt, nicht von dem Verbote des § 60 HGB. betroffen. Indessen ist im Auge zu behalten, daß sie nicht einen solchen Umfang annehmen dürfen, daß sie den Handlungsgehilfen an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen dem Prinzipal gegenüber hindern. In einem solchen Fall würde der Prinzipal gemäß § 70, 1 HGB. zur Kündigung, auch sofortigen Entlassung des Gehilfen und nach § 70, 2 zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches berechtigt sein.

Soviel über das Gewerbeverbot. Wenn dem Handlungsgehilfen in § 60 ferner untersagt ist, „im Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen“, so enthält diese Bestimmung das eigentliche Konkurrenzverbot. Das Handelsgesetzbuch beschränkt also das Konkurrenzverbot auf die im Handelszweige des Prinzipals liegenden Geschäfte. Hieraus ist zu folgern, daß der Handlungsgehilfe im übrigen sich ihm bietende Gelegenheiten zum Abschluß lohnender eigener Geschäfte nicht von der Hand zu weisen braucht. Natürlich darf er diese nicht in zu großem Umfange abschließen, sonst würde zugunsten des Prinzipals wiederum die Bestimmung des § 70 HGB. Platz greifen. Abgesehen hiervon wird aber beispielsweise ein Kommis eines Kaffeehändlers, welch letzterer

---

[15]) Düringer-Hachenburg zu § 60 Anm. 2 Abs. 1 a.

gelegentlich in australischen Minenpapieren spekuliert, das gleiche tun dürfen, während dies dem Börsenvertreter eines Bankhauses nicht gestattet sein wird. Die stillschweigende Erlaubnis zur Vornahme solcher Geschäfte, die nicht in den Rahmen des Handelszweigs des Prinzipals fallen, ist als eine billige Abänderung des alten HGB. anzusehen. Denn die Worte „im Handelszweige des Prinzipals" fehlten in Art. 59 des alten HGB.

Was ist nun unter einem „Handelszweig" zu verstehen? Nach Goldmann[16]) umfaßt der Handelszweig eines Einzelkaufmannes den Komplex aller derjenigen Geschäfte, auf die der Betrieb seines Handelsgewerbes gerichtet ist. Maßgebend ist das tatsächlich betriebene, nicht das nach außen hin, etwa auf dem Ladenschilde oder im Handelsregister angegebene Handelsgewerbe. Bei Feststellung des tatsächlichen Geschäftsbetriebes darf man nur die Geschäfte berücksichtigen, die regelmäßig in dem betreffenden Betriebe abgeschlossen werden. Vereinzelte, völlig aus dem Rahmen der sonstigen Tätigkeit herausfallende Abschlüsse erweitern den Handelszweig nicht.[17]) Auch Horrwitz[18]) pflichtet dem bei und führt im einzelnen aus: Handelszweig des Prinzipals ist dasjenige Handelsgewerbe, welches der letztere tatsächlich betreibt, nicht nur dasjenige, für welches der Handlungsgehilfe engagiert worden, oder welches im Handelsregister z. B. bei einer Aktiengesellschaft oder sonst auf einem Firmenschild als dasjenige des Prinzipals angegeben ist. Denn der Organismus des Geschäfts bleibt ein einheitlicher, wieweit und auf welche verschiedene Gebiete sich letzteres auch ausdehnen mag. Der Buchhalter eines Weingeschäfts wird daher seine Spekulationen von dem Tage an unterlassen müssen, an welchem der Prinzipal sein Weingeschäft zu einem Wein- und Bankgeschäft erweitert. Unter Umständen wird eine solche Erweiterung für den Handlungsgehilfen freilich einen triftigen Grund abgeben, ohne Kündigung vom Vertrage zurückzutreten.

---

[16]) S. 297.
[17]) Puchelt-Förtsch S. 205; Renaud S. 355; Tischbein S. 29.
[18]) S. 44.

Beginnt indessen der Prinzipal neben seinem bisherigen Geschäft ein anderes, rechtlich getrenntes Handelsgewerbe zu betreiben, so wird dies Handelsgewerbe für die Beurteilung des Handelszweigs des Prinzipals nicht zu berücksichtigen sein. Denn ein solcher Prinzipal vereinigt in sich die Eigenschaft zweier verschiedener Prinzipalstellungen, während der Gehilfe nur für das eine Handelsgewerbe engagiert ist.

Bemerkt sei hier gleich, daß auch eine Handelsgesellschaft Prinzipal eines Handlungsgehilfen sein kann, weshalb die Frage nicht unerörtert bleiben darf, was man unter dem „Handelszweig einer Handelsgesellschaft" zu verstehen hat. Diese Frage ist zunächst nach dem zur Zeit der betreffenden Verbotsübertretung geltenden Gesellschaftsvertrag zu entscheiden. Aber der Vertrag kann wenn auch hauptsächlich, so doch nicht allein maßgebend sein; auch der bestehende tatsächliche Zustand ist zur Feststellung des Handelszweigs heranzuziehen. Dies wird besonders bei Aktiengesellschaften erforderlich sein können, deren Statuten erfahrungsgemäß den Kreis ihrer Geschäftsunternehmungen sehr weit zu stecken pflegen, ohne daß die Absicht bestände, wirklich dementsprechend tätig zu sein. Hat die Gesellschaft Handelsgeschäfte einer bestimmten Gattung, die der Vertrag erwähnt, tatsächlich nie geschlossen, ohne daß das Statut geändert worden ist, so wird der Handlungsgehilfe derartige Geschäfte, weil nicht in den Handelsweig der Gesellschaft fallend, ruhig abschließen dürfen.[19]) Makower[20]) versteht unter dem „Handelszweig der Gesellschaft" nur den Kreis der tatsächlich von ihr betriebenen Geschäfte. „Der in der Satzung angegebene Gegenstand des Unternehmens komme nicht in Betracht. Die Beschränkung des Verbots auf den Handelszweig zeige, daß nur der Wettbewerb verhütet werden solle, die Gefahr eines Wettbewerbs sei aber nur vorhanden, soweit die Gesellschaft tatsächlich dergleichen Geschäfte betreibe."

Im übrigen ist die Unterscheidung, welche Geschäfte in den Handelszweig des Prinzipals fallen und welche nicht, keine ein-

---

[19]) Staub S. 712; Hasenkamp S. 17.
[20]) Kommentar zum HGB.

fache. Gareis[21]) bezeichnet die Entscheidung hierüber als Tatfrage, welche unter Zugrundelegung der im Handelsverkehr geltenden Anschauungen, Gewohnheiten und Gebräuche beantwortet werden müsse. Entscheidend ist in erster Linie die Art der Geschäfte des Prinzipals, aber auch der Ort der Handelsniederlassung sowie die Betriebsweise, ob Groß- oder Kleinhandel, Export- oder Importhandel können für die Entscheidung von Bedeutung sein.[22]) So führt beispielsweise Staub[23]) aus: Ein Engrosgeschäft in Kurzwaren und ein Detailgeschäft derselben Branche sind 2 verschiedene Geschäftszweige. Ein Kommis ferner einer Elbschiffahrtsgesellschaft verstößt wegen der örtlichen Verschiedenheit der Handelsniederlassung nicht gegen § 60 HGB., wenn er gelegentlich Rheinschleppverträge abschließt.[24]) Schließlich wird ein in einer Buchhandlung angestellter Handlungsgehilfe durch vorteilhaften An- und Verkauf alter Bücher sich einen Nebenverdienst schaffen können, wenn der Prinzipal antiquarische Bücher nicht führt. Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Prinzipal etwa nur wissenschaftliche Bücher verkauft, während der Handlungsgehülfe Unterhaltungsschriften umsetzt. Anders wäre die Sachlage, wenn der Prinzipal neben wissenschaftlichen Büchern des öftern auch andere Bücher vertriebe. Hier würde der Handlungsgehilfe jeglichen Buchhandel zu unterlassen haben, es sei denn, daß der Prinzipal nur ausnahmsweise über die von ihm speziell geführte Art von Büchern Geschäfte vornimmt.

Betreffs der Verschiedenheit des Geschäftszweiges bei Klein- und Großhandel sei noch eine Reichsgerichtsentscheidung vom 19. 5. 1893 angeführt. Hier heißt es: „Das Detailgeschäft unterscheidet sich von der Produktion und dem Verkaufe im Großbetriebe so wesentlich, daß die Verweisung von einem auf das andere der Verweisung auf Geschäftsbetriebe anderer Art nahezu gleichkommt.“ Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Tatbestand war folgender: Der Beklagte, der Reisender der

---

[21]) S. 89.

[22]) Lastig bei Endemann S. 373.

[23]) S. 253.

[24]) Tischbein S. 30.

klagenden Firma war, sollte nur die klägerische Schirmfabrik beim Verkaufe von Schirmen vertreten und bei eventueller Lösung des beiderseitigen Verhältnisses weder den Verkauf dieses Artikels für eine andere Firma übernehmen, noch sich für eigene Rechnung mit der Produktion desselben behufs des Engrosverkaufs befassen und bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung 10000 Mk. Konventionalstrafe zahlen. Der Beklagte begründete nach seinem Austritt aus dem klägerischen Geschäft ein Konkurrenzgeschäft in X. Durch die übereinstimmenden Urteile der beiden Vorinstanzen wurde der Beklagte zur Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe verurteilt, während das Reichsgericht auf Revision des Beklagten die Klage abwies, weil ohne jede Beschränkung und Begrenzung nach Zeit und Art ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot unzulässig sei, gegenüber dem Oberlandesgericht, welches ein Übermaß der Beschränkung um deswillen verneint hatte, weil dem Beklagten die Möglichkeit, seine Kräfte in einem andern kaufmännischen Betriebe zu betätigen, offen gestanden habe und im Schirmgeschäft der ebenfalls lukrative Detailverkauf offen geblieben sei. Gegenüber diesen Ausführungen des Oberlandesgerichts wies das Reichsgericht darauf hin, daß die abstrakte Möglichkeit, einen anderen Erwerb zu finden, in jedem Falle einer derartigen Beschränkung unterliege und das Detailgeschäft sich von der Produktion und dem Verkaufe im Großbetrieb so wesentlich unterscheide, daß die Verweisung von einem auf das andere der Verweisung auf Geschäftsbetriebe anderer Art nahezu gleichkomme.

Was bisher betreffs der Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals gesagt worden ist, ist analog auf die vermittelnden Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals anzuwenden. Selbst wenn die Vermittlungstätigkeit als solche nicht in den Handelszweig des Prinzipals fällt, so greift dennoch das Konkurrenzverbot ein. So darf z. B. der Handlungsgehilfe eines Kaffeehändlers nicht ein Spekulationsgeschäft in Kaffee vermitteln; dagegen ist es dem Gehilfen gestattet, ein Geschäft zu vermitteln, welches nicht in den Handelszweig des Prinzipals fällt. Wenn allerdings der Geschäftszweig des Prinzipals darin besteht, daß er allgemein, d. h. alle sich ihm bietenden Geschäfte vermittelt,

dann würde das Vermittlungsgeschäft des Gehilfen ein Geschäft im Handelszweig des Prinzipals sein und deshalb unter das Konkurrenzverbot fallen. Erstreckt sich anderseits das Vermittlungsgeschäft eines Prinzipals nur ausschließlich auf bestimmte Sachen, so ist es dem Gehilfen nicht verboten, ein Vermittlungsgeschäft, was diese Sachen nicht betrifft, abzuschließen.

Dem Handlungsgehilfen ist verboten, im Handelszweige des Prinzipals „für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen".

Was versteht das Gesetz unter „Geschäften" und unter „Geschäftemachen"? Zunächst darf man sich nicht durch den vom Gesetz gewählten Plural „Geschäfte" irreführen lassen. Schon ein einziges Geschäft im Handelszweig des Prinzipals ist verbotswidrig, denn § 60 HGB. soll den Prinzipal gerade gegen die Schädigungen durch einzelne Geschäfte schützen.[25]) Dies entspricht auch der ratio legis, welche den Ausschluß jeglicher Konkurrenz bezweckt. Unter Geschäften sind ferner nicht nur Handelsgeschäfte auf seiten des Gehilfen bezw. des Gegenkontrahenten gemeint. Dies verbietet die Definition des Handelsgesetzbuchs, welche nur die Geschäfte eines Kaufmanns, soweit sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte bezeichnet. Bei Verwendung dieses Begriffes könnte z. B. ein Handlungsgehilfe eines Getreidehändlers einem Landwirt seine ganze Ernte zu Spekulationszwecken abkaufen, denn beide sind keine Kaufleute.[26]) „Geschäft" im Sinne des Konkurrenzverbots ist neben andern Rechtsgeschäften die Beteiligung an einer andern Handelsgesellschaft, soweit sie nicht als solche schon als Betrieb eines Handelsgewerbes anzusehen ist. Auch die Leitung eines fremden Unternehmens ist „Geschäft". Wer als Handlungsgehilfe Direktor einer dem Handelszweige seines Prinzipals angehörenden Aktiengesellschaft wird, verstößt gegen das Konkurrenzverbot, ebenso wer in einem dem des Prinzipals gleichartigen Handelsgewerbe eine andere leitende Stellung etwa als Prokurist, Generalhandlungsbevollmächtigter oder als Ge-

---

[25]) Wendt bei Endemann S. 254.

[26]) Hasenkamp S. 18.

schäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einnimmt. Der Eintritt in den Aufsichtsrat einer dem fraglichen Handelszweig angehörenden Aktiengesellschaft gilt nach der herrschenden Meinung nicht als verbotswidrig.[27])

Wie aus der Allgemeinheit des Ausdruckes zu entnehmen ist, bedeutet „Geschäftemachen" nicht nur den Abschluß von Rechtsgeschäften im eignen Namen, sondern auch den im fremden Namen.[28]) Es ist überhaupt gleichgültig, in wessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, denn es ist z. B. dem Gehilfen nicht untersagt, im eignen Namen zu kontrahieren, wenn er nur für Rechnung des Prinzipals kontrahiert.[29]) „Daß dieser Fall vorliegt — so meint Behrend hierzu —, ist aber nur dann anzunehmen, wenn bei oder doch unverzüglich nach Abschluß des betreffenden Geschäfts zu erkennen gegeben worden ist, daß der Gehilfe das Geschäft auf Rechnung des Prinzipals abschließen wollte." Eine verspätete Erklärung kann die nachteiligen Folgen der Verbotsüberschreitung nicht beseitigen.

Jedenfalls wird unter „Geschäftemachen" allgemein[30]) die Entwicklung einer spekulativen Tätigkeit verstanden. Natürlich kommt es nur auf die Absicht, Gewinn zu ziehen, nicht aber darauf an, ob tatsächlich im einzelnen Fall Gewinn gezogen wurde. Horrwitz[31]) führt aus: „Verboten sind nur solche Geschäfte, die ausschließlich zu Gewinnzwecken gemacht werden." Sonst wäre es beispielsweise dem Verkäufer in einem Herrengarderobegeschäft verboten, in einem andern Geschäft als dem des Prinzipals seine Anzüge zu kaufen. Die Handlungsgehilfen eines Bankiers sind demnach berechtigt, im Wege der Vermögensanlage sich Börsenpapiere zu kaufen und solche zu verkaufen. Und demjenigen Handlungsgehilfen, der sich aus Liebhaberei eine Sammlung angelegt hat, z. B. eine Briefmarken- oder Münzensammlung, ist der Verkauf derselben gestattet. Natürlich darf die Liebhaberei nicht zum Nebengewerbe ausarten.

---

[27]) Staub S. 712; Lehmann-Ring S. 555.
[28]) Behrend S. 325.
[29]) v. Hahn § 3 zu Art. 56.
[30]) So Staub Anm. 5 zu § 60.
[31]) S. 44.

Wenn bisher davon gesprochen worden war, daß unter „Geschäftemachen“ die Entwicklung einer auf Gewinn abzielenden Tätigkeit zu verstehen ist, so muß hierbei noch erwähnt werden, daß es nicht nötig ist, daß gerade der Handlungsgehilfe Gewinn aus dem Geschäft hat, der Vorteil kann vielmehr auch bei dem Dritten liegen, für den der Gehilfe das Geschäft abschließt, z. B. wenn er aus Gefälligkeit ohne Entgelt ein Geschäft im Handelszweige seines Prinzipals vermittelt. Die Spekulationsabsicht, welche die Geschäfte zu verbotenen macht, muß also bei Geschäften für eigne Rechnung auf seiten des Gehilfen selbst, bei Geschäften für fremde Rechnung auf seiten des Dritten liegen, für den sie geschlossen werden.[32])

Nicht nur der Abschluß von Geschäften verstößt übrigens gegen das Konkurrenzverbot, „Geschäftemachen“ begreift die ganze Tätigkeit zum Zwecke des Abschlusses von Geschäften in sich, gleichviel ob diese perfekt werden oder nicht.[33]) Der Gehilfe darf daher nicht etwa seine Kenntnisse der geschäftlichen Beziehungen seines Prinzipals dadurch in für diesen schädigender Weise ausnützen, daß er dessen Kundschaft Offerten eines andern Kaufmanns vermittelt, ohne zwar für letzteren selbst Geschäfte abzuschließen.

Verboten ist das Geschäftemachen „für eigne oder fremde Rechnung.“ Daß es gleichgültig ist, in wessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, ist schon erwähnt worden. Geschäfte für eigne Rechnung sind auch solche, welche der Gehilfe durch direkte oder indirekte Stellvertreter oder in Gemeinschaft mit anderen (bürgerliche Gesellschaft) abschließt. Handelt es sich um Geschäfte für fremde Rechnung, so ist es gleichgültig, ob der Gehilfe im Einzelfall als Agent, Kommissionär, gewöhnlicher Bevollmächtigter usw. tätig geworden ist.[34]) Unerheblich ist auch, ob er eine Vergütung erhält oder nicht, denn der Handlungsgehilfe soll in keinem Fall als Wettbewerber seines Prinzipals auftreten, weil dies wider Treu und Glauben

---

[32]) Lehmann-Ring zu § 60 Nr. 4.

[33]) Goldmann S. 298.

[34]) Staub zu Art. 96 § 16; Puchelt-Förtsch zu Art. 96 Nr. 1.

wäre.[35]) Von der Bedeutung, welche die Unterscheidung von Geschäften für eigne und für fremde Rechnung in Ansehung der Folgen der Verbotsübertretung hat, wird später gesprochen werden.

Daß das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen laut Bestimmung des § 76, 1 auch auf den Handlungslehrling Anwendung erfährt, ist bereits früher erwähnt worden, läßt sich auch rechtfertigen, da der Handlungslehrling ebenfalls beispielsweise Kunden, Bezugsquellen und Fabrikationsgeheimnisse kennen lernen wird und mit der Gefahr einer Konkurrenz von seiner Seite gerechnet werden muß. Es bliebe nun noch übrig, festzustellen, ob der „Volontär" dem Verbot des § 60 HGB. unterworfen ist. Nach altem Handelsgesetzbuch wurden die Volontäre ebenso wie die Handlungslehrlinge zu den Handlungsgehilfen gerechnet. Das Handelsgesetzbuch hat hierin insofern eine Änderung geschaffen, als es die rechtliche Stellung der Handlungslehrlinge im § 76 besonders regelt, während es die der Volontäre ungeregelt läßt. Natürlich soll im folgenden nur von den „reinen", d. h. denjenigen Volontären die Rede sein, welche für ihre Dienstleistungen keinerlei vertragsmäßige Vergütung erhalten. Das zwischen Volontär und Geschäftsherrn bestehende Rechtsverhältnis wird nach der herrschenden Ansicht, da eben eine Vergütung fehlt, nicht als Dienstvertrag angesehen, sondern stellt vielmehr ein Auftragsverhältnis dar.[36]) Staub will das Konkurrenzverbot auf den Volontär zur Anwendung bringen, denn „es gehöre zum Begriff des Volontärs, daß er alle Pflichten des Handlungsgehilfen freiwillig übernehme" und schließt nur diejenigen Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrages für den Volontär aus, welche von der Entgeltlichkeit handeln. Ganz allgemein bringen Düringer-Hachenburg zum Ausdruck, daß die nicht auf der Entgeltlichkeit beruhenden Rechtssätze des Handlungsgehilfendienstvertrags auf das Auftragsverhältnis zwischen Prinzipal und Volontär zur Anwendung gebracht werden können. Beizupflichten ist entschieden der

---

[35]) Pilz S. 36.

[36]) Staub S. 242 Anm. 7; Düringer-Hachenburg S. 192.

Ansicht Goldmanns.[37]) Goldmann lehnt die analoge Anwendung der Vorschriften über Handlungsgehilfen im allgemeinen ab und will das Verhältnis „von Fall zu Fall durch Erwägung der konkreten Umstände und insbesondere der im Einzelfalle getroffenen Abreden beurteilen. Man wird denn auch von Fall zu Fall entscheiden und besonders darauf achten müssen, welche Stellung der Volontär tatsächlich einnimmt. Ist er nur berechtigt, sich den Geschäftsbetrieb anzusehen, gehört er also dem Geschäfte an, ohne eigentliche Pflichten zu haben, so wird man die Frage der Anwendbarkeit des Konkurrenzverbots verneinen müssen, da ein solcher Volontär eine Stellung einnimmt, die weder der des Handlungsgehilfen noch der des Handlungslehrlings ähnelt. Nähert sich aber im umgekehrten Fall die Stellung des Volontärs der von Handlungsgehilfen, dann allerdings scheint es nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten, daß der Volontär, um mit Staub zu sprechen, „alle Pflichten des Handlungsgehilfen freiwillig übernimmt". Denn die „Schädigung", welche dem Geschäftsherrn aus dem Wettbewerbe des Volontärs erwachsen könnte, würde eine um so intensivere sein, als der Volontär infolge seiner dem Handlungsgehilfen gegenüber regelmäßig vorhandenen wirtschaftlichen Superiorität in der Lage sein wird, etwaige selbständige Handelsunternehmungen in größerem Maßstabe und mit größerer Wirksamkeit zu betreiben, als es jenem möglich wäre.[38])

§ 4.

Das Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft.

Das für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften geltende Konkurrenzverbot wird in § 236 HGB. geregelt. Hier heißt es:

„Die Mitglieder des Vorstands dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe

[37]) S. 276.

[38]) Tiedemann S. 22.

betreiben, noch in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer andern Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen."

Durch Einführung des für die Vorstandsmitglieder geltenden Gewerbeverbots schafft das Handelsgesetzbuch eine wesentliche Verschärfung. Denn nach altem Handelsgesetzbuch war den Vorstandsmitgliedern lediglich untersagt, „weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte zu machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilzunehmen". Die Verschärfung des § 236 HGB. mag nun für gewisse Vorstandsmitglieder, so die Vorsteher gemeinnütziger oder ganz kleiner Aktiengesellschaften zu hart sein, trotzdem muß man aber in Erwägung ziehen, daß die Strenge des § 236 bezüglich der Vorstandsmitglieder solcher Aktiengesellschaften durch den Gesellschaftsvertrag gemildert werden kann, daß aber heute im allgemeinen der Stellung der Vorstandsmitglieder diejenige von Handlungsgehilfen zugrunde gelegt werden muß. „Denn — so führt die Denkschrift[1]) zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs aus — auch die Mitglieder des Vorstands stehen regelmäßig in einem dauernden Dienstverhältnis zur Gesellschaft und haben die Verpflichtung, ihre Tätigkeit der Gesellschaft ungeschmälert zu widmen." Den Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft ist also untersagt, „ein Handelsgewerbe zu betreiben und im Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen", es gilt also für sie im wesentlichen das im § 3 Ausgeführte. Auch bezüglich des „Handelszweiges der Gesellschaft" ist schon früheren Orts erwähnt worden, daß hier einesteils der Gesellschaftsvertrag entscheidet, im einzelnen aber eine tatsächliche Erweiterung oder Beschränkung des in der Satzung angegebenen Gegenstands des Unternehmens von Fall zu Fall zu berücksichtigen ist.[2]) Auch sei hier nochmals erwähnt, daß

[1]) Bei Mugdan S. 306.
[2]) Lehmann-Ring zu § 236 Nr. 4.

das Verbot von Geschäften im gleichen Handelszweige beispielsweise auch die Annahme der Stellung als Vorstandsmitglied einer andern Aktiengesellschaft desselben Geschäftszweigs, nicht dagegen den Eintritt in den Aufsichtsrat einer solchen Gesellschaft[3]) trifft, da der Aufsichtsrat im wesentlichen nur die Stellung einer aufsichtführenden, nicht die einer selbständig Geschäfte abschließenden Behörde hat.[4]) Bezüglich der Einzelgeschäfte der Vorstandsmitglieder im Handelszweige der Gesellschaft stellt die Reichstagskommission[5]) fest, daß bei Aktiengesellschaften, die Bankgeschäfte betreiben, eigene Spekulationsgeschäfte der Vorstandsmitglieder zweifellos unter das Verbot fallen; inwieweit Vermögensanlagen im Rahmen der Vermögensverwaltung darunter fallen, ist von Fall zu Fall zu berücksichtigen. Nicht verboten ist der Abschluß von Geschäften zwischen einzelnen Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft.[6])

Durch das Verbot „an einer andern Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilzunehmen", geht das Verbot des § 236 scheinbar weiter als das des § 60 HGB. Allerdings nur „scheinbar", denn man muß doch schon das Verbot des Betreibens eines eignen Handelsgewerbes, wie es in § 236 enthalten ist, für ausreichend erachten, um die komplementarische Beteiligung an einer andern Handelsgesellschaft als unerlaubt erkennen zu lassen. Da lediglich die komplementarische Beteiligung an einer andern Handelsgesellschaft untersagt ist, so dürfen die Vorstandsmitglieder ebenso wie die Handlungsgehilfen Aktionäre, stille Gesellschafter oder Kommanditisten[7]) sein, auch an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung teilnehmen oder Mitglied einer Genossenschaft werden.[8]) — Die nach § 236 für die Vorstandsmitglieder geltenden Vorschriften kommen laut Bestimmung des § 242 HGB. auch auf deren Stellvertreter zur

---

[3]) vgl. S. 22.

[4]) Makower zu § 236 Nr. 2 Anm. 1.

[5]) bei Mugdan S. 594.

[6]) Makower § 236 I b 2.

[7]) vgl. S. 14.

[8]) Puchelt-Förtsch Anm. 1 zu Art. 96; vgl. aber hierzu Staub § 7 zu Art. 150.

Anwendung.[9]) Eine Ausnahmebestimmung des § 242 HGB. findet sich in § 248, 2 für den Fall, daß der Aufsichtsrat für einen im voraus begrenzten Zeitraum einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von verhinderten Mitgliedern des Vorstands bestellt hat. Auf die in solcher Weise bestellten Vertreter finden die Vorschriften des § 236 HGB. keine Anwendung.

Erwähnt sei noch, daß die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft dem Konkurrenzverbote nicht unterworfen sind. Dies ergibt sich aus § 298 Abs. 4 HGB.

§ 5.

Das Konkurrenzverbot für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, die Komplementäre der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 112 Abs. 1 HGB. fixiert den Umfang des Konkurrenzverbots für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft:

> „Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der andern Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen."

Nach §§ 161, 2 und 326 Abs. 1 Satz 1 gelten dieselben Bestimmungen auch für die Komplementäre der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Ein sachlicher Unterschied zwischen den Bestimmungen der §§ 161, 112, 326 HGB. und den entsprechenden Artikeln des alten Handelsgesetzbuchs besteht nicht. Wenn die Artikel des alten Handelsgesetzbuchs noch die Klausel „für eigne Rechnung oder Rechnung eines Dritten" enthielten, so konnte diese Klausel im Handelsgesetzbuch deshalb unbedenklich wegfallen, weil sie im Verbot des Geschäftemachens mit einbegriffen ist.[1])

---

[9]) Genau so im a. HGB. Art. 232 a.

[1]) Makower zu § 112 Ic.

Das Verbot des § 112 HGB. ist reines Konkurrenzverbot und richtet sich gegen alle Gesellschafter, gleichgültig, ob sie Kapital oder nur Arbeitskraft beitragen, ob sie an der Geschäftsführung beteiligt sind oder nicht.[2]) Wie Handlungsgehilfe, Handlungslehrling und Vorstand der Aktiengesellschaft würden auch die Gesellschafter, da sie das Recht der Einsicht in die Geschäftsbücher haben, imstande sein, ihrer Gesellschaft gefährliche Konkurrenz zu bieten. Schon hieraus ergibt sich, daß das Konkurrenzverbot im Falle des § 161 HGB. zwar für die Komplementäre, nicht aber für die Kommanditisten zur Anwendung gebracht werden kann. Denn die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen und deshalb mit den geschäftlichen Beziehungen, wie Bezugsquellen, Fabrikationsgeheimnissen usw. nicht dermaßen vertraut, um durch deren Ausnutzung der Gesellschaft Konkurrenz machen zu können. Es muß ihnen, wie Ehrenberg in Jherings Jahrbüchern[3]) ausführt, genügen, „wenn sie als reine Kapitalbeteiligte an der Hand der Bilanz die Richtigkeit der Gewinn- und Verlustsverteilung kontrollieren können". Schon, weil die Kommanditisten ihre Arbeitskraft nicht einwerfen, wäre es unbillig, sie einem Konkurrenzverbot zu unterwerfen. Nun kann ja bisweilen der Fall eintreten, daß der Kommanditist an der Geschäftsführung mit teilnimmt, wenn er beispielsweise als Prokurist angestellt ist — der Gesellschaftsvertrag kann eine entsprechende Bestimmung enthalten —, dann natürlich wird man das Konkurrenzverbot auch auf den Kommanditisten zur Anwendung bringen müssen, es müßte natürlich eine diesbezügliche Vereinbarung bestehen. Weshalb die Verbote der §§ 112, 161, 326 reine Konkurrenzverbote sind und kein „Gewerbeverbot" enthalten, ist leicht zu verstehen. Der persönlich haftende Gesellschafter einer Handelsgesellschaft ist an dem Gedeihen der eignen Gesellschaft so interessiert, daß er nur im eignen Nutzen handelt, wenn er ihr seine volle Tätigkeit widmet. Sollte er außerdem noch so viel Zeit erübrigen können, um noch ein eignes Gewerbe zu betreiben und würde

---

[2]) Makower S. 202; Staub S. 361.

[3]) Bd. 37 S. 82/83.

er dies ohne Schädigung der Gesellschaft tun können, so kann dagegen nichts einzuwenden sein. Denn die Bestimmungen der §§ 112, 161, 326 HGB. sollen lediglich eine schädigende Nebentätigkeit der Gesellschafter vereiteln.

Das Verbot, „an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilzunehmen", von dem nun gesprochen werden soll — vom Verbote des Geschäftemachens im Handelszweige der Gesellschaft ist bereits wiederholt die Rede gewesen —, wird von Gareis[4]) „Verbot konkurrierender Gesellschaftung" genannt. Aus dem Worte „gleichartig" ergibt sich eine wesentliche Milde gegenüber dem für Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften geltenden Verbote „konkurrierender Vergesellschaftung": Den Vorstandsmitgliedern ist schlechthin die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter an jedweder Handelsgesellschaft, nicht nur einer gleichartigen untersagt. Was ist unter einer „gleichartigen" Handelsgesellschaft zu verstehen? Vor allen Dingen ist mit „gleichartig" keinesfalls die juristische Gestalt, auch nicht die Größe und Bedeutung des Betriebes gemeint. Es soll vielmehr der Gegenstand des Handelsunternehmens, also der Handelszweig zu verstehen sein.[5]) Entscheidend für die Bestimmung der Gleichartigkeit wird sein, ob eine Wahrscheinlichkeit besteht, daß beide Gesellschaften in Wettbewerb treten können.[6]) Deshalb sind auch schon diejenigen Handelsgesellschaften gleichartig, deren Handelszweige sich teilweise decken. So ist es eine Gesellschaft, die nur mit einer bestimmten Warengattung handelt, im Verhältnis zu einer andern, welche die gleichen, außerdem aber auch noch andre Gegenstände vertreibt. Deshalb sind 2 Gesellschaften, von denen die eine gesellschaftlich organisiertes reines Verlagsgeschäft ist, während die andere außerdem noch Sortimentsbuchhandlung hat, gleichartig. Anderseits kann bei einer zu großen Verschiedenheit des örtlichen Wirkungskreises zweier Gesellschaften eine Konkurrenz ausgeschlossen sein, man

---

[4]) S. 57.

[5]) Lehmann-Ring zu § 112 Nr. 3.

[6]) Makower S. 112 Id.

denke an zwei Speditionsgeschäfte an weit voneinander entfernten Orten, beispielsweise an zwei Schleppschiffahrtsgesellschaften auf Rhein und Oder. Solche Gesellschaften sind als ungleichartig zu betrachten. Im übrigen wird die Frage nach der Gleichartigkeit zweier Gesellschaften als reine Tatfrage richterlichem Ermessen überlassen bleiben müssen.

Nur an einer gleichartigen „Handelsgesellschaft" teilzunehmen, ist den durch die Bestimmungen der §§ 112, 161, 326 HGB. betroffenen Personen verboten. Eine sonstige Erwerbsgesellschaft kommt nicht in Frage, selbst wenn sie nach § 2 HGB. eintragungspflichtig ist.[7])

Da schließlich nur die Beteiligung als „persönlich haftender Gesellschafter" untersagt ist, steht einer Beteiligung als Aktionär, Kommanditist, Gesellschafter m. b. H. nichts im Wege.

Erwähnt sei noch, daß das Reichsoberhandelsgericht[8]) entschieden hat, daß die Teilnahme an einer aufgelösten oder in Liquidation befindlichen gleichartigen Handelsgesellschaft nicht durch das Konkurrenzverbot getroffen werden soll.

§ 6.

Das Konkurrenzverbot für die Handlungsagenten.

Aus dem 1. Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs ging hervor, daß man ursprünglich beabsichtigt hatte, die Handlungsagenten einem Konkurrenzverbote zu unterwerfen, das an Schärfe dem für die Handlungsgehilfen geltenden um nicht viel nachgestanden hätte. In jenem Entwurfe hatte nämlich folgende Bestimmung Aufnahme gefunden:

> „Der Handlungsagent darf in Ermanglung entgegenstehender Vereinbarungen oder eines abweichenden Handelsgebrauches in dem Handelszweige des Geschäftsherrn weder für eigne noch für fremde Rechnung Geschäfte machen."

---

[7]) Staub § 112 Anm. 3.

[8]) Bd. 21 S. 140.

Dieser Bestimmung wurde die Aufnahme ins Handelsgesetzbuch versagt und das mit Recht. Der Agent wird in den meisten Fällen seinen Verdienst nicht im Dienste eines einzigen Geschäftsherrn finden können, sondern darauf angewiesen sein, im Interesse und Dienste mehrerer Geschäftsherrn tätig zu werden. Hieraus ergibt sich schon zur Genüge, daß man den Handlungsagenten nicht demselben Konkurrenzverbote unterwerfen darf wie den Handlungsgehilfen, welcher eben nur im Dienste eines Prinzipals steht, dessen Geschäft er seine ganze eingeteilte Arbeitskraft zu widmen hat. Das HGB. hat nun in § 84 für den Handlungsagenten folgende Bestimmung getroffen:

> „Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines andern Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des andern abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes wahrzunehmen."

Wenn nun auch die Bestimmung des § 84 HGB. wesentlich milder als die des § 60 HGB. ist, so läßt sich dennoch nicht leugnen, daß sich die Konkurrenzverbote beider Paragraphen ziemlich ähneln. Dies hat seinen Grund darin, daß auch der Agenturvertrag eine Unterart des Dienstvertrags ist. Schon daraus, daß § 84 HGB. dem Handlungsagenten vorschreibt, „das Interesse des Geschäftsherrn" wahrzunehmen, ergibt sich, wie die Denkschrift[1]) ausführt, daß der Handlungsagent seinen Geschäftsherrn nicht durch anderweitige Geschäfte, die er in demselben Handelszweig macht oder vermittelt, eine unmittelbare schädigende Konkurrenz bereiten darf.

Falls der Handlungsagent nicht ausschließlich im Interesse des Geschäftsherrn tätig wird, entsteht die Frage, ob der Geschäftsherr berechtigt ist, von dem Agenten Kenntnis seiner Nebentätigkeit zu erlangen und ob der Agent verpflichtet ist, seine Nebentätigkeit, besonders dann, wenn sie eine Interessenkollision befürchten läßt, seinem Geschäftsherrn rechtzeitig mitzuteilen. Über diese Frage herrscht Streit. Düringer-

[1]) S. 33.

Hachenburg[2]) sind der Meinung, daß der Handlungsagent in einem solchen Falle seine Nebentätigkeit dem Prinzipal wenigstens nicht verheimlichen soll, und noch weiter geht Goldmann,[3]) welcher von dem Handlungsagenten verlangt, daß er seine konkurrierende Tätigkeit einstellen solle, falls der Geschäftsherr ihr widersprochen habe.[4]) Bei Beurteilung dieser Streitfrage darf man in erster Linie nicht vergessen, daß der Handlungsagent selbständiger Kaufmann ist, und daß schon deshalb eine Anzeigepflicht seiner Nebentätigkeit an den Geschäftsherrn, welcher dann eine völlige Kontrolle über die Nebentätigkeit seines Agenten ausüben könnte, nicht erforderlich ist. Dem Handlungsagenten wird vielmehr aus § 84 HGB. die Pflicht erwachsen, bei Beginn einer Nebentätigkeit jedesmal zu prüfen, inwieweit er sie, ohne die Interessen seines Geschäftsherrn zu schädigen, ausüben darf, und richterlichem Ermessen wird es gegebenen Falles überlassen bleiben, nachzuprüfen, inwieweit der Handlungsagent dieser Pflicht nachgekommen ist.

II.

§ 7.

Dauer der Konkurrenzverbote.

Allen hier behandelten Verboten liegt ein Vertragsverhältnis zugrunde; ein Dienstvertrag ist es, der zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen bezw. Handlungslehrling einerseits, dem Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft und der Aktiengesellschaft anderseits besteht, in allen übrigen Fällen ist es ein Gesellschaftsvertrag. Mit dem Abschluß des Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrags beginnt die Geltung des Konkurrenzverbots. Hierüber herrschen keine Meinungsverschiedenheiten, denn die Zeitbestimmung eines Vertragsabschlusses ist zu scharf fixiert. Nicht so einfach ist die Frage zu beantworten, mit welchem Zeitpunkt die Geltung eines Konkurrenzverbots erlischt. Diese Frage ist bereits in

---

[2]) Zu § 84 Anm. 2.
[3]) S. 403.
[4]) vgl. auch Staub S. 308/309.

der älteren Literatur umstritten gewesen. Erlischt die Geltung des Konkurrenzverbots schon durch die tatsächliche oder erst durch die rechtliche Auflösung des betreffenden Vertragsverhältnisses? Angenommen der Fall, ein Handlungsgehilfe hat dem Prinzipal sein Dienstverhältnis ohne triftigen Grund und ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt, sein Vertragsverhältnis also einseitig gelöst und beginnt nun, im Handelszweige seines Prinzipals auf eigene Rechnung Geschäfte zu treiben: Hat in diesem Falle der Prinzipal nur das Recht auf Schadensersatz oder stehen ihm gegen seinen bisherigen Handlungsgehilfen, der zwar tatsächlich, aber nicht rechtsgültig seinen Dienstvertrag gelöst hat, alle Rechte aus der Verletzung des Konkurrenzverbots zu? Heute steht man, um dies gleich vorauszuschicken, fast allgemein auf dem Standpunkte, daß erst mit der rechtsgültigen Auflösung des Vertragsverhältnisses das Konkurrenzverbot beendigt wird, daß also, um auf den eben erwähnten Fall zurückzugreifen, der Prinzipal durch vorzeitige, nicht rechtsgültige Auflösung des Dienstverhältnisses seines Handlungsgehilfen keines der aus einer Verletzung des Konkurrenzverbots resultierenden Rechte verlustig geht.[1]) Im alten Rechte war, wie erwähnt, die Frage, ob tatsächliche oder erst rechtsgültige Auflösung des Vertragsverhältnisses entscheidend ist, streitig. Hier waren es besonders 2 Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, welche sich auf verschiedene Standpunkte stellten. Die eine[2]) — aus dem Jahre 1875 — hat sich dahin ausgesprochen, daß ein Bevollmächtigter auch bei nur tatsächlicher, vorzeitig durch ihn erfolgter Dienstvertragslösung nicht mehr von dem Konkurrenzverbote betroffen werde, sondern sich wegen des durch das vorzeitige Verlassen des Dienstes dem Prinzipal entstandenen Schadens diesem gegenüber lediglich schadensersatzpflichtig mache. Dieser Entscheidung, welche auf der Bestimmung des preußischen Landrechts[3]) fußte, daß bei einem Dienstvertrag beiden Teilen freies Rücktrittsrecht

[1]) Staub S. 252; Goldmann S. 294; Lehmann-Ring S. 156; Makower S. 113.

[2]) Bd. 16 S. 169.

[3]) ALR. I,[5] § 409.

zustehe, ging folgender Tatbestand voraus: Der Handlungsgehilfe eines Weinhändlers, welch letzterer eine mehrjährige Kerkerstrafe verbüßte, hatte das Weingeschäft unter Änderung der Firma im eigenen Namen fortgesetzt, nachdem er zuvor das Geschäft seines Prinzipals polizeilich abgemeldet hatte. Aus dem Kerker entlassen, hatte der Prinzipal gegen seinen früheren Handlungsgehilfen Klage auf Herausgabe der Hälfte des während seiner Strafzeit erzielten Geschäftsgewinnes angestrengt, die andere Hälfte wollte er dem Beklagten als Salär überlassen. Er machte geltend, der Beklagte sei sein Handlungsgehilfe geblieben, da er ja nicht einseitig vom Dienstvertrag hätte zurücktreten können. Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, in dem Verhalten des Gehilfen sei eine, wenn auch ohne Zustimmung des Prinzipals erfolgte einseitige Kündigung zu erblicken, die Bestimmung des Art. 56 könne somit nicht zur Geltung gelangen. Im einzelnen wurde hierzu ausgeführt: „Keineswegs läßt sich aus Art. 56 folgern, daß, wenn der Bevollmächtigte des Dienst- oder Vollmachtsverhältnis einseitig, obgleich ohne Grund, gelöst hat, die demnächst von ihm gemachten eigenen Geschäfte von dem der Lösung widersprechenden Prinzipal als Geschäfte des letzteren behandelt werden dürfen. Eine solche Folgerung wäre unvereinbar mit dem rechtlichen Charakter des Mandats. Wie bei diesem, so besteht — wenigstens nach preußischem Recht — betreffs des Dienstvertrages zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen (-bevollmächtigten) beiderseits freies Rücktrittsrecht. Der Rücktritt, einmal erklärt, schließt die Klage auf Erfüllung gegen den Rücktretenden aus; nur die Klage auf Schadensersatz steht gegen ihn frei, wenn er vorzeitig und ohne triftigen Grund zurückgetreten ist". — Diese Entscheidung, welche übrigens für das moderne Recht deshalb gegenstandslos geworden ist, weil das Handelsgesetzbuch einerseits kein Konkurrenzverbot mehr für Bevollmächtigte kennt und anderseits heute das nach preußischem Landrecht geltende „beiderseitige freie Rücktrittsrecht vom Dienstvertrag" nicht mehr besteht, ist beispielsweise von Dernburg[4]) gebilligt

[4]) Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 558.

worden. Dernburg trifft jene Entscheidung gemeinrechtlich und erachtet auch auf dem Boden des gemeinen Rechts das tatsächliche Bestehen des Vertragsverhältnisses für die Voraussetzung des Art. 56. Diese Ansicht ist bedenklich, wenn man in Erwägung zieht, daß nach gemeinem Recht ein Dienstvertrag nicht ohne weiteres durch einseitige Parteihandlung als beendet angesehen werden konnte, wie das im preußischen Landrecht der Fall war, vielmehr mußte die gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist eingehalten werden, um das Vertragsverhältnis zu lösen. Auch v. Hahn[5]) ist Dernburgs Ansicht und führt aus: „Der Art. 56 setze ein Bestehen des Dienstverhältnisses voraus; habe der Gehilfe dies, wenn auch nur einseitig, aufgehoben, so könne der Prinzipal die von da an gemachten Geschäfte nicht mehr an sich reißen, jedoch könne er den Schaden bei der Berechnung des Schadens des Kontraktbruchs in Berechnung bringen." Hiergegen ist einzuwenden, daß ein Handlungsgeihlfe ja jederzeit eine tatsächliche Beendigung des Dienstverhältnisses herbeiführen und somit das Verbot unwirksam machen kann.

Sick S. 24 endlich steht ebenfalls auf dem Standpunkt der oben erwähnten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts und führt hierzu im einzelnen aus, der Prinzipal sei im Falle vorzeitiger Lösung durch das Recht auf Entschädigung genügend gesichert und es wäre eine unbillige Härte gegenüber dem Gehilfen, wenn der Prinzipal bis zum rechtlichen Ablauf des Dienstverhältnisses die Rechte aus Art. 56 haben sollte, wenn z. B. der Gehilfe plötzlich den Dienst verlasse, weil sich ihm eine günstige Gelegenheit biete, sich selbständig zu machen.

Wie schon erwähnt, nimmt eine andere Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[6]) den entgegengesetzten Standpunkt ein, indem sie erst die rechtliche Auflösung des Vertragsverhältnisses für genügend erachtet, das Konkurrenzverbot für erloschen zu erklären. Diese Entscheidung, welcher der Fall zugrunde lag, daß ein Gehilfe ohne Kündigung den Dienst

---

[5]) S. 296.

[6]) ROHG. Bd. 1 Nr. 7.

verlassen und mit seinem Schwager ein Konkurrenzgeschäft begründet hatte, führt aus: „Beklagter kann sich offenbar durch seinen Kontraktbruch nicht den Vorteil verschaffen, Handlungen, welche bei gebührender Fortsetzung seines Dienstverhältnisses widerrechtlich gewesen sein würden, infolge verweigerter Fortsetzung als rechtlich zulässige betrachten zu dürfen", der Beklagte mache sich vielmehr dem Prinzipal gegenüber schadensersatzpflichtig. Der in dieser Entscheidung vertretenen Auffassung wird auch nach modernen Anschauungen beigepflichtet werden müssen, soweit nach ihr für die Dauer der Wirksamkeit des Konkurrenzverbotes das rechtliche Bestehen des Dienstverhältnisses als maßgebend angesehen wird; weshalb freilich die Entscheidung dem Prinzipal dann nicht alle aus der Verbotsübertretung ihm zustehenden Rechte, sondern nur das Recht auf Schadensersatz zubilligt, ist nicht recht verständlich. Nach heutigem Recht stehen dem Prinzipal in einem solchen Falle alle Rechte aus der Verbotsübertretung zu.

Bei einer Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entscheidet, ob der Kündigungsgrund nach §§ 70, 71 HGB. als wichtiger angesehen werden kann. Ist er es nicht, so besteht trotz Kündigung der Dienstvertrag und mit ihm das Konkurrenzverbot fort.[7])

Für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft gilt dasselbe. Zu erwähnen ist hierbei noch folgendes: Bei dem Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft beginnt das Konkurrenzverbot schon mit der Bestellung zum Vorstand, nicht erst mit der Eintragung ins Handelsregister;[8]) entsprechend endigt das Konkurrenzverbot mit der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses und sobald ein Vorstandsmitglied ordnungsgemäß abberufen wird oder ausscheidet. Endigt die Vorstandschaft, aber nicht das Dienstverhältnis, wenn z. B. die Bestellung eines Vorstandsmitglieds widerrufen wird, so tritt hier eventuell das Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen ein.[9]) Tritt eine Liqui-

---

[7]) Staub, § 60 Anm. 2.
[8]) Staub, § 236 Anm. 1.
[9]) Staub S. 711.

dation der Aktiengesellschaft ein, so werden die Vorstandsmitglieder frei.[10])

Für die Mitglieder einer andern Handelsgesellschaft endigt das Konkurrenzverbot mit Ausschließung und Ausscheidung eines Mitglieds, sowie mit der Auflösung der Gesellschaft.[11]) Tritt die Gesellschaft in das Stadium der Liquidation, so gilt in bezug auf das Konkurrenzverbot die Gesellschaft bereits als aufgelöst.[12]) Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[13]) führt hierzu aus, der Zweck des Konkurrenzverbots bestehe hauptsächlich darin, zu verhindern, daß nicht der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft durch Konkurrenz beeinträchtigt werde. Eine solche Konkurrenz könne nicht mehr stattfinden, wenn die Gesellschaft in Liquidation trete und damit deren Geschäftsbetrieb auf die Abwicklung der bei Auflösung der Gesellschaft schwebenden Geschäfte beschränkt werde.

III.

Folgen der Verbotsübertretung.

§ 8.

Im allgemeinen.

Durch die Übertretung des Konkurrenzverbots begehen die ihm unterworfenen Personen lediglich eine vertragswidrige und nicht eine deliktische Handlung. Deshalb ist Endemanns[1]) Ansicht zu verwerfen, es liege bei Übertretung des Konkurrenzverbots seitens des Gesellschafters ein Delikt vor und der deshalb von „delinquierenden Gesellschaftern“ und „Deliktsobligationen“ spricht. Auch eine strafrechtliche Ahndung der Verbotsverletzung, wie sie der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg plante,[2]) findet nicht statt.

---

[10]) HGB. § 298 Abs. 4 Satz 2.
[11]) Staub § 112 Anm. 6.
[12]) Keyßner S. 369.
[13]) ROHG. Bd. 21 S. 145.
[1]) S. 376.
[2]) Behrend S. 325.

Die Übertretung des Konkurrenzverbots erzeugt einen obligatorischen Anspruch, um mit dem römischen Recht zu sprechen, eine „obligatio ex contractu", indem der Anspruch des Prinzipals mit einer der actio conducti analogen Klage verfolgt wird.[3]) Daraus, daß die Konkurrenzverbote ja geschaffen sind, um die schutzbedürftigen Interessen des Prinzipals bezw. der Gesellschaft zu sichern, ergibt sich ferner, daß die von den Gehilfen und Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft einerseits, den Gesellschaften anderseits durch den Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen der Konkurrenzenthaltung ein nur innerhalb der beiden Vertragsteile wirkendes Schuldverhältnis begründen. So ist dem Handlungsgehilfen oder -lehrling gegenüber nur der Prinzipal, bezw. Lehrherr, dem Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft oder dem persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber nur die betreffende Gesellschaft aus der Verbotsübertretung berechtigt. Nach außen hin dagegen äußert die Verbotsübertretung keinerlei Wirkung.[4]) Dasselbe galt schon im alten Recht. Ursprünglich hieß es im Art. 50 altes HGB.: „Der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte darf ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura oder Handlungsvollmacht nicht auf einen andern übertragen." In zweiter Lesung wurden indessen für „darf nicht" die Worte „kann nicht" eingesetzt, „denn — so führen die Protokolle der Nürnberger Kommission S. 1425 f. aus — das Wort „darf" könnte irrigerweise so gedeutet werden, als solle sich der Artikel nur auf das Verhältnis zum Prinzipal beziehen. Die Änderung schien um so notwendiger, da Art. 54 dieselben Worte gebrauche, wie Art. 50 und in den Fällen dieses Artikels das Geschäft gültig sei." In Art. 54 hieß es nämlich: „Ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigne Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen."

Das Handelsgesetzbuch will, wie schon aus den Worten „darf nicht" beispielsweise des § 60 hervorgeht, die volle Gültig-

[3]) Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 203; Wendt bei Endemann S. 257.

[4]) Laband in Goldschmidts Zeitschrift S. 202; Behrend S. 325.

keit der gegen das Konkurrenzverbot abgeschlossenen Geschäfte. Die einzelnen Geschäfte sind daher weder nichtig noch anfechtbar, vorausgesetzt natürlich, daß die Anfechtung nicht aus den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Gründen, wie beispielsweise Irrtum, Zwang, Betrug, erfolgen kann. Die Geschäfte bestehen also zu Recht, mag der Kontrahent die Pflichtverletzung des Gehilfen bezw. Gesellschafters gekannt haben oder nicht; weder kann der Verletzende selbst Einwendungen gegen die Erfüllung des Geschäfts machen, noch kann der Drittkontrahent eine Einrede aus dem Konkurrenzverbot herleiten.[5]) Auch wenn der Kontrahent beispielsweise die Gehilfeneigenschaft und die darin begründete Verbotswidrigkeit der abgeschlossenen Geschäfte nicht kannte, hat er gegen die Klage auf Erfüllung aus dem Geschäfte keine Einwendung nach Art einer exceptio de iure tertii.[6]) Andrer Ansicht waren früher Anschütz und v. Völderndorff,[7]) welche ausführten, bei Nichtkenntnis der Verbotswidrigkeit könne der Gegenkontrahent das Geschäft anfechten, wenn der Prinzipal von seinem Eintrittsrecht Gebrauch mache; es sei kein Rechtsgrund vorhanden, der dahin führe, den im guten Glauben Handelnden an ein vom Gesetz verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen andern als den gewollten Gegenkontrahenten aufzunötigen. Zu dieser Ansicht ist zu bemerken, daß der Drittkontrahent, da für ihn selbst kein Konkurrenzverbot besteht, auch kein Anfechtungsrecht aus dem für den Gehilfen geltenden Verbot herleiten kann. Übrigens haben, wie schon angedeutet, Anschütz und v. Völderndorff ihre Ansicht später geändert.[8]) Daß die wider das Verbot abgeschlossenen Geschäfte vollgültig sind, folgt auch daraus, daß, wie später ausgeführt werden wird, Prinzipal bezw. Gesellschaft das Eintrittsrecht in die Geschäfte des Gehilfen bezw. Gesellschafters haben. Und dies Eintrittsrecht würde auf Grund der Bestimmung des § 134 BGB. dann nicht zugebilligt werden können, wenn die wider das Verbot abgeschlossenen Geschäfte

---

[5]) Wendt bei Endemann S. 257.
[6]) Tiedemann, Inaug.-Dissertation.
[7]) 2. Aufl. S. 414.
[8]) 9. Aufl. S. 326.

ungültig wären. Denn das Eintrittsrecht hat ja „die Gültigkeit der eingegangenen Geschäfte zur unbeweisbaren Voraussetzung“.[9])

Da die Übertretung des Konkurrenzverbots nach außen keinerlei Wirkung äußert, so ist der dem Verbote zuwider ein Handelsgewerbe betreibende Gehilfe dennoch Kaufmann und wird auch trotz des Verbots Gesellschafter, wenn er sich einer Handelsgesellschaft anschließt. Aus der Wirkungslosigkeit des Konkurrenzverbots Dritten gegenüber ergibt sich ferner, daß es nicht ex officio zu berücksichtigen ist. Wird daher eine Firma zum Handelsregister angemeldet, so braucht der Registerrichter nicht zu untersuchen, ob der Betrieb verbotswidrig ist. Ja, er darf sogar die Eintragung aus diesem Grunde nicht ablehnen.[10])

In den folgenden §§ 9 und 10 sollen zunächst die beiden „Hauptrechte“ des Prinzipals bezw. der Gesellschaft aus Übertretungen des Konkurrenzverbots, der „Anspruch auf Schadensersatz“ und das „Eintrittsrecht“ besprochen werden. Der sonstigen weniger wichtigen Rechte wird in § 13 Erwähnung getan werden.

§ 9.

Der Anspruch auf Schadensersatz.

Entsprechend der Bestimmung des Art. 56 Abs. 3 alten HGB. bestimmt § 61 HGB. zunächst:

> „Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern.“

Die entsprechende Vorschrift findet sich für die übrigen dem Konkurrenzverbot unterworfenen Personen in den §§ 113, 236 [2], 326 [2] HGB.

Eine Besonderheit für den handelsrechtlichen Schadensersatzanspruch besteht nicht, es greifen vielmehr die Bestimmungen der §§ 249, 251, 252 BGB. ein. Demnach muß beispielsweise der Handlungsgehilfe sämtliche nachteilige Ein-

[9]) Seufferts Archiv Bd. 23 Nr. 52.

[10]) Renaud S. 339.

wirkungen, welche das Vermögen seines Prinzipals ohne sein pflichtwidriges Handeln zurzeit nicht erfahren hätte, durch Herstellung des Zustandes aufheben, welcher bestanden hätte, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Soweit die Herstellung nicht möglich ist oder zur Entschädigung des Prinzipals nicht ausreicht, hat diesem der Gehilfe ein entsprechendes Geldäquivalent zu zahlen. Dies Geldäquivalent kann nach Belieben des Gehilfen auch an Stelle der Wiederherstellung treten, wenn diese nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen möglich ist. Praktisch wird nun bei Übertretungen des Konkurrenzverbots eine Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. kaum möglich sein, demnach in den meisten Fällen das Geldäquivalent gezahlt werden müssen.

Wie sich schon aus dem Worte „Schadensersatzanspruch" ergibt, ist dessen notwendige Voraussetzung eine tatsächlich eingetretene Vermögensschädigung. Die Höhe dieser Vermögensschädigung und der demnach zu leistenden Geldentschädigung ergibt sich aus dem Interesse, welches der Prinzipal bezw. die Gesellschaft an der Unterlassung der Übertretung hatte. Kontrahiert also z. B. ein Dritter mit dem Handlungsgehilfen, ausschließlich, um diesem einen Verdienst zuzuwenden, so daß er, wenn der Gehilfe den Abschluß abgelehnt hätte, das Geschäft überhaupt unterlassen oder doch mit dem Prinzipal nicht abgeschlossen haben würde, so ist letzterer trotz vorhandene Übertretung des Konkurrenzverbots gar nicht geschädigt, mithin ein Schadensersatzanspruch nach § 61 HGB. nicht gegeben.[1])

Ist aber einmal eine Vermögensschädigung festgestellt, dann ist der Schaden im weitesten Umfang zu ersetzen und zwar ist nicht nur für die wirklich entstandene Vermögenseinbuße, sondern auch für den entgangenen Gewinn aufzukommen,[2]) „welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte".

---

[1]) Cosack 5. Aufl. S. 109.

[2]) § 252 BGB.: damnum emergens, lucrum cessans.

Nach Staub[3]) gilt aber der Gewinn nicht als „entgangener Gewinn", den der Gehilfe, bezw. Gesellschafter aus dem verbotenen Geschäfte gezogen hat. Im einzelnen Falle wäre es ja wohl denkbar, daß sich die Höhe des vom Gehilfen bei verbotenen Geschäften erzielten Gewinns mit der Höhe des dem Prinzipal hierdurch entgangenen Gewinns decken könnte; meistens jedoch wird dies nicht der Fall sein, denn man kann doch von dem vom Gehilfen erzielten Gewinn kaum in jedem Falle behaupten, daß er auch vom Prinzipal „mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte".[4]) Das Interesse, das der Prinzipal an dem Unterlassen des verbotswidrigen Handelns hat, kann den vom Handlungsgehilfen gezogenen Gewinn weit übersteigen, z. B. wenn es ihm durch ein Geschäft des Handlungsgehilfen unmöglich wird, einen Lieferungstermin einzuhalten und er deshalb eine hohe Konventionalstrafe zahlen muß.

Eine weitere Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs muß nach dem im modernen Rechte herrschenden Verschuldungsprinzip ein Verschulden der schädigenden Person sein. Wenn also der Gehilfe oder Gesellschafter im guten Glauben, die Einwilligung des Prinzipals bezw. der Gesellschaft zum „Abschluß von Geschäften im Handelszweige" zu besitzen, das Verbot des § 60 bezw. 112 verletzte, wenn er also im entschuldbaren Irrtum handelte, so würde er nicht schadensersatzpflichtig sein. Natürlich träfe ihn in diesem Falle im Prozesse die Beweispflicht des fehlenden Verschuldens. Anderseits wird der auf Schadensersatz klagende Prinzipal bezw. die klagende Gesellschaft den Nachweis des Schadens und besonders dessen Höhe, deren Feststellung nach § 287 ZPO. erfolgen kann, führen müssen. Maßgebend für die Berechnung der Höhe des Schadens ist die Zeit des Urteils, d. h. es werden alle bis zum Urteil eingetretenen Umstände berücksichtigt, welche auf die Bestimmung des Betrages des Schadens zum Vorteil oder Nachteil des Prinzipals bezw. der Gesellschaft von Einfluß sind.

In Praxis wird die Berechnung des Schadens meist von

---

[3]) Zu § 61 Anm. 2.

[4]) Lehmann-Ring zu § 61 Nr. 3.

größter Schwierigkeit sein. Um den durch die Verbotsverletzung geschädigten Personen einen Überblick über die Folgen der Verbotsverletzung zu gewähren, so ist ihnen gegen die Verletzenden ein Anspruch auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung in Anschauung der fraglichen Geschäfte gegeben.[5])

Betreffs der Gesellschafter sei noch erwähnt, daß der von einem von ihnen zu zahlende Schadensersatz in die Gesellschaftskasse fließt. Es darf also der schuldige Gesellschafter von der Summe nicht die eigne Rate abziehen, da er zu Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen nicht befugt ist.[6])

§ 10.

Das Eintrittsrecht.

A. Wesen des Eintrittsrechts: An Stelle des Schadensersatzes kann der Prinzipal nach § 61 Abs. 1 Satz 2 HGB. verlangen, „daß der Handlungsgehilfe die für eigne Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete". Für den übrigen durch das Konkurrenzverbot betroffenen Personenkreis enthalten die §§ 113, 236[2], 326[2] die entsprechenden Bestimmungen. Der Kürze wegen nennt man das in diesen Paragraphen statuierte Recht in Wissenschaft[1]) und Praxis „Eintrittsrecht". Dieser Ausdruck, der ja insofern unzutreffend ist, als z. B. der Prinzipal in die für fremde Rechnung vom Gehilfen abgeschlossene Geschäfte nicht „eintreten" darf, ist dem Handelsgesetzbuch fremd. Wohl aber entstammt er dem alten Handelsgesetzbuch. Dort war in Art. 97 Abs. 2 analog der in Art. 56 Abs. 3 enthaltenen Bestimmung, „der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte müsse sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die für

[5]) Staub zu § 61 Anm. 6 S. 254; Goldmann zu § 61 Anm. 1 S. 301; Horrwitz S. 47.

[6]) Staub S. 364.

[1]) Lehmann-Ring S. 159; Staub S. 254/255; Goldmann S. 301.

seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen anzusehen seien" von einem Rechte der Gesellschaft die Rede, in ein von dem Gesellschafter für eigne Rechnung gemachtes Geschäft „einzutreten". Die Worte „muß sich gefallen lassen" des Art. 56[3] ließen verschiedene Deutung zu, aus ihnen war nicht zu entnehmen, ob der Prinzipal lediglich von dem Gehilfen Abtretung seiner Ansprüche verlangen könnte oder ob sich der Anspruch des Prinzipals ohne vorherige Zession auch unmittelbar gegen den Dritten erstreckte.

Schon die Protokolle der Nürnberger Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs gaben die unklare Fassung des Art. 56[3] zu und führten hierzu aus, „es sei nicht beabsichtigt, dem Prinzipal lediglich eine Klage gegen den Faktor auf Herauszahlung des gezogenen Gewinns, der von ihm oft nicht beigetrieben werden könne, zu geben, daß aber die Frage, ob der Prinzipal eine actio utilis gegen den Dritten haben oder zuvor den Faktor auf Zession der Klage belangen solle, als eine offene der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassen sei". Die Wissenschaft hat sich denn auch viel mit dieser Frage beschäftigt. Busch[2]) und Anschütz und v. Völderndorff[3]) waren der Ansicht, daß sich der Prinzipal direkt an den Dritten halten könne. Anschütz und v. Völderndorff unterschieden, ob der Dritte die Gehilfeneigenschaft seines Kontrahenten kannte oder nicht; im ersteren Falle müsse der Dritte aus dem Gesetze auch wissen, daß der Prinzipal, wenn er wolle, das Geschäft an sich ziehen könne, er unterwerfe sich also dann stillschweigend der gesetzlichen Folge. Busch war der Ansicht, der Prinzipal könne auf Grund einer fingierten cessio necessaria sive legis sofort gegen den Dritten mit der actio utilis vorgehen und brauche deshalb nicht erst den Gehilfen auf Zession des Klagerechts gegen den Dritten verklagen. Auch v. Savigny[4]) und Puchta[5]) stellten die Regel auf, daß in allen Fällen, in denen

[2]) Bd. 1 S. 77.
[3]) S. 413.
[4]) Bd. 1 S. 243.
[5]) S. 432.

jemand verpflichtet sei, eine von ihm erworbene Forderung auf einen anderen zu übertragen, diese Forderung als kraft Gesetzes übergegangen, anzusehen sei. — Aber alle diese soeben zitierten Ansichten stehen vereinzelt dem Standpunkt gegenüber, den die Wissenschaft überwiegend eingenommen hat.[6]) Die herrschende Ansicht gestand dem Prinzipal, bezw. der Gesellschaft eine Klage nach Art der römischen actio utilis gegen den Dritten nicht zu, sondern entschied, der Prinzipal könne sich lediglich an den Gehilfen halten, so daß Rechte gegen den Dritten aus den Geschäften des Gehilfen nur auf Grund einer Zession seitens des Gehilfen geltend gemacht werden könnten. Dasselbe besagte übrigens auch eine Reichsgerichtsentscheidung,[7]) nach welcher „der alte Satz, daß in allen Fällen der erzwingbaren Zession eine fingierte Zession eintrete, weder in den Quellen des römischen Rechts begründet, noch mit andern Rechtsprinzipien gut vereinbar sei, das römische Recht kenne vielmehr nur vereinzelte Fälle der fingierten Zession". Es ist heute ein allgemein feststehender Grundsatz geworden, daß eine Person nur dann auch durch die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird, wenn sie in ihrem Namen abgeschlossen sind, daß aber aus einem in indirekter Stellvertretung eingegangenen Geschäfte nur für die Kontrahenten Rechte aus Pflichten entstehen. Übrigens fand sich dies Prinzip auch im Art. 368[2] alten HGB.: „Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach erfolgter Abtretung geltend machen." Bemerkt sei, daß diese ganze, durch die unklare Fassung des Art. 56[3] alten HGB. hervorgerufene Streitfrage für das moderne Recht gegenstandslos geworden ist, da der § 61 HGB. durch seine geänderte Fassung: „Der Prinzipal kann verlangen, daß ... usw." jeder Zweifel beseitigt. Gegen den Drittkontrahenten erlangt der Prinzipal erst Rechte nach erfolgter Abtretung.

---

[6]) Staub zu § 61 Anm. 3 S. 254; Düringer-Hachenburg zu § 61 II S. 207; Makower S. 113; Cosack S. 94; Behrend S. 326; Laband bei Goldschmidt S. 202; v. Hahn S. 295.

[7]) Bd. 1 S. 214.

Soviel über das Wesen des Eintrittsrechts. Bevor wir nun auf dessen Wirkung näher eingehen, sei an dieser Stelle noch kurz eingeschaltet, daß das Eintrittsrecht in der Literatur wiederholt mit andern Rechtsinstituten in Zusammenhang gebracht, bezw. von solchen hergeleitet worden ist. So hat man versucht, dem das Konkurrenzverbot übertretenden Gehilfen Stellvertretereigenschaft beizulegen. Dem ist, wie ja auch schon bei der Besprechung der Streitfrage des Art. 56[3] alten HGB. kurz angedeutet worden ist, entgegenzuhalten, daß nach § 164 BGB. der Prinzipal nur dann berechtigt sein würde, wenn sein Gehilfe ausdrücklich oder doch aus den Umständen ersichtlich in seinem Namen gehandelt hätte, erst dann wäre nämlich der Gehilfe Stellvertreter. Auch Institute des römischen Rechts hat man zum Vergleich mit dem Eintrittsrecht herangezogen. So zieht Laband[8]) eine Parallele zwischen Prinzipal und Gehilfen einerseits, zwischen dem Gewalthaber des römischen Rechts (paterfamilias, dominus) und dem Gewaltunterworfenen (filiusfamilias, servus) anderseits. Allerdings ist hier ein Vergleich insofern zulässig, als auch der Gewalthaber des römischen Rechts durch die Geschäfte seines Gewaltunterworfenen erwarb, er war indessen sogar verpflichtet zu erwerben und konnte schon um deswillen nicht „eintreten". Dem Prinzipal hingegen steht es frei, aus der Verbotsübertretung Rechte gegen seinen Gehilfen geltend zu machen, er kann dies auch unterlassen. Bei Wendt[9]) findet sich schließlich ein Vergleich zwischen dem Eintrittsrecht und der negotiorum gestio. Vollkommen miteinander in Einklang lassen sich aber beide Institute deshalb nicht bringen, weil dem Gehilfen bezw. Gesellschafter beispielsweise beim Abschluß von Geschäften im Handelszweige des Prinzipals bezw. der Gesellschaft die notwendige Voraussetzung der negotiorum gestio, der animus negotia aliena gerendi fehlt; er will vielmehr die Geschäfte im eignen Namen führen.

---

[8]) In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 201.

[9]) In Endemanns Handbuch S. 258.

B. Wirkung des Eintrittsrechts.

Der Prinzipal (Gesellschaft) kann zunächst verlangen, daß der Handlungsgehilfe (Gesellschafter) die für „eigene“ Rechnung abgeschlossenen Geschäfte als von vornherein im Interesse und für Rechnung des Prinzipals abgeschlossen gelten lasse. Das Eintrittsrecht gestaltet sich nun verschieden, je nachdem die vom Gehilfen abgeschlossenen Geschäfte bereits abgewickelt sind oder nicht. Im ersteren Fall ist nur der gezogene Gewinn herauszugeben.[10]) Hierbei entstehen noch keinerlei direkte Beziehungen zwischen Prinzipal und Drittkontrahenten. Die Geschäfte werden so angesehen, als wären sie von Anfang an für Rechnung des Prinzipals abgeschlossen, und deshalb kann der Gehilfe seine Aufwendungen in Anrechnung bringen, welche hätten ersetzt werden müssen, wenn das Geschäft sofort für Rechnung des Prinzipals eingegangen wäre.[11]) Nicht jedoch kann der Gehilfe seine persönlichen Bemühungen in Anrechnung bringen,[12]) denn dann würde er ja noch für die Übertretung des Konkurrenzverbots belohnt. Der Gehilfe darf selbst dann nicht Provision für seine Bemühungen verlangen, wenn er Kaufmann ist,[13]) denn seinem Prinzipal gegenüber bleibt er immer Gehilfe.

Sind die Geschäfte noch nicht abgewickelt, hat z. B. nur der Gehilfe, der Drittkontrahent aber noch nicht erfüllt, so hat der Prinzipal Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Drittkontrahenten. Im Abtretungsfalle übernimmt dann der Prinzipal auch die Verpflichtungen des Gehilfen mit, jedoch sind hierbei die Bestimmungen der §§ 414, 415 BGB. nicht außer acht zu lassen, laut welcher der Prinzipal die Verpflichtungen seines Gehilfen mit Wirksamkeit dem Drittkontrahenten gegenüber nur mit dessen Genehmigung übernehmen kann. Aus dem Anspruch des Prinzipals auf Abtretung der Forderung ergibt sich dann nach § 402 BGB. der weitere An-

[10]) Genau so bereits preuß. ALR. 2. Teil Titel 8 § 524.
[11]) Lastig bei Endemann S. 377.
[12]) Staub Anm. 3 zu § 61.
[13]) Staub Anm. 3 zu § 61.

spruch auf Erteilung der zur Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche erforderlichen Auskunft und auf Aushändigung der im Besitze des Gehilfen befindlichen zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden.

Weigert sich der Gehilfe, die Forderung abzutreten, so kann die Abtretung nach § 894 ZPO. durch Urteil ersetzt werden.

An Stelle der Forderungsabtretung kann der Prinzipal kraft des Dienstvertrags den Gehilfen beauftragen, das Geschäft selbst weiter in seinem (des Prinzipals) Interesse abzuwickeln, nachdem er zuvor erklärt hat, den Gewinn für sich beanspruchen zu wollen. Auf diese Weise kommt der Prinzipal mit dem Drittkontrahenten nicht in direkte Berührung. Nach Abwicklung des Geschäfts durch den Gehilfen gilt es dann ebenso, als wenn der Prinzipal sein Eintrittsrecht erst nach erfolgter Abwicklung geltend gemacht hätte. Natürlich haftet der im Auftrage seines Prinzipals das Geschäft durchführende Gehilfe — und dasselbe gilt für das gleichfalls durch Dienstvertrag mit der Aktiengesellschaft verbundene Vorstandsmitglied — für alles Verschulden. Nicht so der Gesellschafter; diesen trifft bei der Abwicklung der Geschäfte nur die Haftung des § 407 BGB. Hierzu ist ausgeführt worden,[14]) „es würde zweifellos ungerechtfertigt sein und mit der das Gesellschaftsverhältnis beherrschenden bona fides nicht im Einklang stehen, wenn man einen solchen socius gestalten wollte, sich vollständig von dem angefangenen Geschäft, von dem er allein Kenntnis hat, zurückzuziehen; freilich wird man von ihm bei Erfüllung dieser Verpflichtung der allgemeinen Regel entsprechend nur diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, verlangen können."

Der Prinzipal kann das Eintrittsrecht nicht ausüben, wenn der Gehilfe Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft ist, denn hier werden die Geschäfte von der Gesellschaft abgeschlossen und das Gesetz spricht beim Eintrittsrecht nur von Geschäften für eigene Rechnung.[15])

[14]) Lastig bei Endemann S. 378; Hasenkamp, Inaugural-Dissertation.

[15]) Lehmann-Ring zu § 61 a. a. O.

Ebenso zessiert das Eintrittsrecht, wenn das Geschäft mit Erfolg angefochten ist.

Hat der Gehilfe mehrere Konkurrenzgeschäfte abgeschlossen, dann kann der Prinzipal nach Wahl in alle oder auch nur in eins eintreten. Hängen indessen diese Geschäfte so eng zusammen, daß sie gewissermaßen eine Einheit bilden, so darf sich der Prinzipal nicht etwa nur die gewinnbringenden Geschäfte aneignen, sondern muß in jedes einzelne eintreten. Genau so verhielt sich dies im preußischen Landrecht.[16])

Auf Geschäfte, die für „fremde" Rechnung geschlossen worden sind, kommt die besondere Bestimmung des § 61 HGB. zur Anwendung, nach welcher „die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herauszugeben oder der Anspruch auf die Vergütung abzutreten" ist.[17]) Das alte Handelsgesetzbuch enthielt keine entsprechende Bestimmung und es war deshalb bestritten, ob dem Prinzipal ein solches Recht auf die Vergütung des Gehilfen zustand. Auch das Reichsgericht[18]) hat sich mit dieser Streitfrage beschäftigt und stellte sich auf den Standpunkt, daß dem Prinzipal nicht das Recht zustehe, Herausgabe der Provision zu verlangen. Im einzelnen führte das Reichsgericht hierzu aus, es sei anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es von Geschäften für eigene Rechnung spreche, nur Gewicht auf das abgeschlossene Hauptgeschäft lege; denn, wenn das Gesetz dem Prinzipal noch das weitere Recht gewähre, das vom Handlungsgehilfen für eigene Rechnung gemachte Geschäft sich anzueignen, so geschehe dies, weil ein solches Spekulieren für eigene Rechnung die Interessen des Prinzipals besonders gefährde, und damit dem Handlungsgehilfen nur Verlust in Aussicht stehe, während der eventuelle Gewinn dem Prinzipal zugewiesen werde.

Dieser Begründung des Reichsgerichts gegenüber machte v. Hahn[19]) darauf aufmerksam, daß das Reichsgericht den Unterschied zwischen dem „vermittelten Geschäft" und dem

---

[16]) Teil 2 Titel 8 § 525.

[17]) vgl. die entsprechenden Bestimmungen in §§ 113^1, 236^2, 326^2 HGB.

[18]) Bd. 8 S. 48.

[19]) Zu Art. 56 § 5 Note 9.

„Vermittlungsgeschäft", d. h. der Vermittlungstätigkeit und dem Ausbedingen der Provision nicht genügend beachtet habe; während das erstere ein Geschäft für fremde Rechnung sei, gehe doch das zweite auf Rechnung des Gehilfen. Ließe sich also ein Schaden nicht nachweisen, so könnte der Gehilfe ungestraft für fremde Rechnung kontrahieren und auf diese Weise den Prinzipal ebenso schädigen, wie bei Geschäften für eigene Rechnung. Näher auf diese Streitfrage einzugehen ist nicht am Platze, da sie das Handelsgesetzbuch für das moderne Recht durch die in den §§ 61, 113, 236, 326 enthaltenen positiven Bestimmungen gegenstandslos gemacht hat.

Auch bei Geschäften für fremde Rechnung ist der Unterschied zu machen, ob die Geschäfte bereits abgewickelt sind oder ob sie noch „schweben". Im ersteren Fall kann der Prinzipal dem Gesetzestext zufolge vom Gehilfen die Herausgabe der bezogenen Vergütung verlangen, im letzteren Fall kann er die Abtretung des Anspruchs auf die Vergütung fordern; er kann anstatt auch dem Gehilfen die Pflicht zur demnächstigen Einziehung der Provision auferlegen.

Für das Recht des Prinzipals auf die von seinem Gehilfen bezogene bezw. zu beziehende Vergütung ist es, um dies noch zu bemerken, gleichgültig, ob die Vergütung dem Gehilfen auf Grund einer Abrede oder kraft der Bestimmung des § 354 HGB. zusteht.

§ 11.

Das Verhältnis von Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht zueinander.

Während aus der Fassung der §§ 61, 113, 236, 326 HGB. mit Klarheit hervorgeht, daß den durch die Verbotsverletzung betroffenen Personen nur eine wahlweise Ausübung von Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht gestattet ist, ließ das alte HGB. hierüber Zweifel entstehen. Während nämlich Art. 56 Abs. 3 besagte: „Auch" muß sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die

für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehn werden," bestimmte Art. 97 im Gegensatz zu diesem kumulierenden „auch" für den Gesellschafter: Auch kann die Gesellschaft „statt dessen" usw. Und so war denn auch im Anschluß an den Wortlaut dieser beiden Paragraphen in der Literatur fast durchgängig der Standpunkt vertreten, daß der Prinzipal nach Art. 56 beide Rechte, Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht nebeneinander, also kumulativ haben sollte, während eben für die Gesellschaft nach Art. 97 eine Sonderbestimmung getroffen worden sei.[1]) Doch entstand auch Streit darüber, ob nicht Art. 56[3] durch Art. 97 einschränkend zu interpretieren sei. Denn „das Gegenargument, den Art. 56 durch die genauere Fassung des Art. 97 ergänzend einzuschränken, sei nicht ganz abzulehnen".[2]) Wenn nun auch die herrschende Meinung aus Art. 56 das Recht der kumulativen Geltendmachung herleitete, so wird doch schon nach den Grundsätzen der bona fides in der Praxis von einer reinen Kumulation selten die Rede gewesen sein können. Denn der Satz „bona fides non patitur, ut idem bis exigatur"[3]) verbot ja, daß jemand dasselbe doppelt erhalte. Vielmehr sollte die Bestimmung des Art. 56[3] den Prinzipal in den Fällen schadlos halten, in welchen durch die Ausübung nur des einen Rechts eine volle Entschädigung nicht erreicht werden konnte, wenn z. B. das Eintrittsrecht zunächst gewählt worden war: Denn dieses deckt keineswegs immer den erlittenen Schaden.[4]) Aber auch wenn voller Schadensersatz gezahlt worden war, konnte dem Prinzipal außerdem noch das Recht, sich die verbotenen Geschäfte anzueignen, dann nicht versagt werden, wenn sich der Schaden nach Leistung des Schadenersatzes noch vergrößerte.

Vorbildlich der Bestimmung des Art. 97 alten HGB. und — so bemerkt die Denkschrift[5]) hierzu — der Billigkeit ent-

---

[1]) Behrend S. 327; v. Hahn zu Art. 56 § 5; Puchel-Förtsch zu Art. 56 Anm. 3.

[2]) Wendt bei Endemann S. 260.

[3]) l. 57 D. de R. 50, 17.

[4]) vgl. Behrend § 45 Anm. 49.

[5]) S. 56.

sprechend haben die §§ 61, 113, 236, 326 HGB. durch die Worte „statt dessen" zu erkennen gegeben, daß den durch die Verbotsübertretung betroffenen Personen nur eine wahlweise Geltendmachung der beiden Rechte gestattet ist.

An dieser Stelle sei wiederholt, daß die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches an die Voraussetzungen des wirklich entstandenen Schadens und des Verschuldens der schädigenden Person gebunden ist, während das Eintrittsrecht auch dann gewählt werden kann, wenn ein Schaden nicht entstanden ist und ein Verschulden nicht vorliegt.

Ist in der wahlweisen Geltendmachung von Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht eine obligatio alternativa oder eine facultas alternativa zu erblicken? Hierüber herrscht in der Literatur Streit. Eine obligatio alternativa oder ein Wechselschuldverhältnis ist nach § 262 BGB. dann vorhanden, wenn bei einem Schuldverhältnis mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, das Schuldverhältnis demnach durch Bewirkung der einen oder andern Leistung erlischt. Dahingegen wird im Falle einer facultas alternativa nur eine einzige Leistung geschuldet, wobei dem Gläubiger oder Schuldner das Recht zusteht, an deren Stelle eine andre Leistung zu fordern bezw. zu bewirken; es verkauft beispielsweise jemand ein Pferd und behält sich das Recht vor, gegen Zahlung eines Reugeldes vom Kaufe zurückzutreten.[6]) Eine facultas alternativa auf seiten des Gläubigers enthält z. B. auch der § 249 BGB. Hiernach hat derjenige, der wegen Beschädigung einer Sache oder Verletzung einer Person Schadensersatz zu fordern hat, das Recht, statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Diesen § 249 BGB. bringt Staub[7]) analog auf den § 61 HGB. zur Anwendung und folgert demgemäß, auch § 61 HGB. enthalte eine facultas alternativa, wie z. B. auch § 462 BGB., welcher die Berechtigung des Käufers, Wandelung oder Minderung zu verlangen, ausspreche; es bestehe also kein Recht, dem Prinzipal nach § 264[2]

---

[6]) s. auch BGB. §§ 528 Satz 2, 1973 Abs. 2 Satz 2.

[7]) S. 254.

BGB. eine Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen. Dieser Ansicht Staubs ist nicht beizupflichten. Die beiden dem Prinzipal nach § 61 HGB. zustehenden Rechte sind tatsächlich derart, daß die beiden Leistungen nebeneinander geschuldet werden und nur die eine oder die andre zu bewirken ist und zwar in jedem Falle nach Wahl des Prinzipals.[8]) Der Prinzipal gerät aber, wenn er der Aufforderung seitens des Gehilfen, die Wahl vorzunehmen, nicht nachkommt, nach §§ 293, 295 BGB. in Verzug. Der Gehilfe kann ihm dann nach § 264[2] eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl setzen. Nach Ablauf dieser Frist geht das Wahlrecht auf den Gehilfen über. Bezüglich der Ausübung des Wahlrechts durch den Prinzipal entscheidet § 263 BGB. Die Ausübung erfolgt also durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Prinzipals dem Gehilfen gegenüber. Die Willenserklärung ist an keine Form gebunden, also auch durch konkludente Handlung, z. B. Klagerhebung, möglich. Die einmal vollzogene Wahl ist unwiderruflich.[9]) Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete.

IV.

§ 12.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches und Eintrittsrechts.

Macht sich der Handlungsgehilfe oder Handlungslehrling einer Übertretung des Konkurrenzverbots schuldig, so steht dem Prinzipal die Ausübung des im § 11 erwähnten Wahlrechts und die Geltendmachung des gewählten Anspruchs zu. Ist der Prinzipal nicht Einzelkaufmann, sondern eine Handelsgesellschaft, dann liegen diese Befugnisse in den Händen der Gesellschaftsvertreter. Dies würden bei der offenen Handelsgesellschaft also

---

[8]) vgl. Goldmann S. 300, Anm. II zu § 61.

[9]) Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 61; Behrend S. 496.

die vertretungsberechtigten Gesellschafter, bei der Aktiengesellschaft deren Vorstandsmitglieder, bei der Kommanditgesellschaft die Komplementäre sein. Zweifellos ist die Ausübung des Wahlrechts und Geltendmachung des gewählten Anspruchs dem Gehilfen gegenüber ein Akt der Geschäftsführung dieser Personen, welcher „sich auf Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt".[1])

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder der Gesellschafter einer Handelsgesellschaft selbst das Konkurrenzverbot verletzt. Man kann hier die Ausübung der Rechte aus der Verbotsverletzung unmöglich allein in die Hände der Gesellschaftsvertreter legen, da beispielsweise in der Geltendmachung des Eintrittsrechts dem Gesellschafter gegenüber keineswegs eine Handlung der Geschäftsführung zu erblicken ist.

Betrachten wir zunächst den Fall der offnen Handelsgesellschaft. Der Art. 97 alten HGB. enthielt keine Bestimmung darüber, ob zur Geltendmachung der Ansprüche ein gültiger Gesellschaftsbeschluß erforderlich sei[2]) oder jeder geschäftsführende Gesellschafter diese Ansprüche geltend machen könne;[3]) deshalb war diese Frage auch bestritten. Sie wurde indessen durch die Denkschrift[4]) geregelt, welche ausführte: „Da es nicht angemessen erscheint, die Geltendmachung dem Belieben jedes einzelnen Gesellschafters zu überlassen, und da anderseits eine Handlung der Geschäftsführung nicht in Frage kommt, so fordert der Entwurf einen Beschluß der übrigen Gesellschafter". So hat denn auch das HGB. in § 113[2] bestimmt, daß über die Geltendmachung die „übrigen" Gesellschafter, also auch die nicht mit der Geschäftsführung betrauten beschließen. Auf Grund der Bestimmung des § 119 muß die Entscheidung der Geltendmachung durch einstimmigen Beschluß erfolgen, es müßte denn der Gesellschaftsvertrag etwas anders, z. B. Stimmenmehrheit

---

[1]) § 116 HGB.

[2]) Lastig bei Endemann S. 376; Staub § 1a zu Art. 97; v. Hahn § 1 zu Art. 97.

[3]) Behrend § 69a Anm. 6.

[4]) Bei Mugdan S. 251.

vorschreiben. Natürlich hat der Gesellschafter, der die Verbotsverletzung begangen hat, kein Stimmrecht.[5]) — Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, so kann der „andre“ die Ansprüche selbst dann geltend machen, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

Ist nun das Wahlrecht von den bezw. dem Wahlberechtigten ausgeübt worden, so muß demjenigen, der das Verbot verletzte, die Wahl mitgeteilt werden und zwar geschieht diese Mitteilung durch einen mit der Geschäftsführung beauftragten Gesellschafter. Ist der das Verbot verletzende Gesellschafter der einzige geschäftsführende, so bedarf es einer Erklärung aller nichtgeschäftsführenden Gesellschafter, die natürlich meistens durch einen von ihnen, der dazu bevollmächtigt worden ist, abgegeben werden wird.[6]) Auch die Führung eines Prozesses, der angestrengt werden müßte, falls sich der Verletzende weigern sollte, den gegen ihn geltend gemachten Anspruch zu erfüllen, liegt in den Händen der vertretungsberechtigten Gesellschafter bezw. eines von ihnen als gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft. Es müßte also, falls der Verletzende wiederum der einzige geschäftsführenden Gesellschafter wäre, diesem nunmehr zunächst die Geschäftsführung entzogen und einem andern Gesellschafter zum Zwecke der Prozeßführung übertragen werden. Hierbei sei erwähnt, daß der Gesellschaft gemäß § 57 ZPO. auf ihren Antrag ein Prozeßpfleger von Gerichtswegen bestellt werden kann.[7]) Auch während des Liquidationsstadiums liegt die Beschlußfassung über die Geltendmachung der Ansprüche in den Händen der „übrigen“, d. h. aller, auch der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter mit Ausnahme des Verletzenden. Jedoch ist während des Liquidationsstadiums die Mitteilung der Entscheidung an den Verletzenden Sache der Liquidatoren.[8]) Nach Staub bilden schließlich die Gesellschafter, falls die Gesellschaft schon mit oder ohne Liquidation aufgelöst und noch über den Anspruch aus einer Verbotsübertretung seitens eines Gesellschafters Beschluß

[5]) Puchelt-Förtsch zu Art. 97.
[6]) vgl. Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 113.
[7]) Staub S. 363.
[8]) Ebenda.

zu fassen ist, eine Gemeinschaft nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, weil ihnen die Rechte aus der Verbotsübertretung gemeinschaftlich zustehn. Die Abstimmung erfolgt nach der Größe der ehemaligen Gesellschaftsanteile; im Prozesse haben alle zu klagen.

Alles bisher bezüglich der offnen Handelsgesellschaft gesagte ist mangels besondrer Bestimmungen nach § 161, 2 auch auf die Kommanditgesellschaften anzuwenden. Auch bei der Kommanditgesellschaft ist zur Geltendmachung der Ansprüche aus der Verbotsverletzung ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter mit Ausnahme der Stimme des Verletzenden erforderlich, es beschließen also nicht nur die Komplementäre, sondern auch die Kommanditisten. Besteht die Gesellschaft nur aus einem Komplementär, beschließen also lediglich die Kommanditisten. Die Kommanditisten haben, falls die Komplementäre allein Beschluß fassen wollten, hiergegen gemäß § 164 HGB. ein Widerspruchsrecht und dies trotz der Bestimmung des § 165 HGB., nach welcher §§ 112, 113 HGB. auf die Kommanditisten nicht in Anwendung zu bringen sind. Denn schon die Denkschrift sagt, daß in dem Vorgehen gegen einen das Verbot verletzenden Gesellschafter kein Geschäftsführungsakt zu erblicken ist, daß vielmehr die Geltendmachung der Ansprüche aus einer Verbotsverletzung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Man wird deshalb in der Erwägung, daß § 165 HGB. die Kommanditisten jedenfalls nur den strengen Folgen des Konkurrenzverbots nicht unterwerfen will, den § 113, 2 HGB. unter Bezugnahme auf § 164 HGB. auch auf die Kommanditisten zur Anwendung bringen.

Eine Frage, die weder im alten Handelsgesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch Beantwortung gefunden hat, ist die, wer bei der Aktiengesellschaft im Falle der Verbotsübertretung durch ein Vorstandsmitglied die Rechte der Gesellschaft zu wahren hat. Daß die Wahrung dieser Rechte nicht nur in den Händen der übrigen Vorstandsmitglieder liegen kann, geht, um dies auch an dieser Stelle nochmals zu wiederholen, daraus hervor, daß in ihr kein Akt der Geschäftsführung zu erblicken ist. Vielmehr wird hier außer den übrigen Vorstandsmitgliedern auch der

Aufsichtsrat mitzusprechen haben. Hierauf deutet schon die Bestimmung des § 236, 3 nach welcher „für den Beginn der Verjährung der Ansprüche der Gesellschaft der Zeitpunkt maßgebend ist", in welchem die „übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrat" von dem Abschluß des Geschäfts Kenntnis erlangen. Bereits der Kommissionsbericht über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs[9]) sagte bei der Besprechung der Verjährungsfrist, „daß es sich hier um einen ganz speziellen Fall handle, und daß es genügen müsse, dem Vorstand und Aufsichtsrat 3 Monate Frist zu geben". Gleichzeitig besagte der Kommissionsbericht aber auch, daß eine Befragung der Generalversammlung nicht notwendig sei.

Die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrat werden also Hand in Hand gehen müssen, wenn es sich darum handelt, gegen ein das Konkurrenzverbot verletzendes Vorstandsmitglied einzuschreiten. Schon deshalb kann man dem Aufsichtsrat das Recht der Mitwirkung nicht absprechen, weil er, wie es wenigstens üblich ist, das wichtige Recht der Bestellung und Entlassung des Vorstands und ferner der Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes seitens eines Vorstandsmitglieds hat.[10]) Und sind ihm einmal so wichtige Rechte gegeben, so kann ihm auch anstandslos das doch weniger wichtige, bei einer Verbotsverletzung gegen den Schuldigen mit einzuschreiten, zugebilligt werden. An die Stelle des Aufsichtsrats würde dann die Generalversammlung treten, wenn ihr Bestellung des Vorstands und Widerruf der Bestellung obliegt und die Verbotsverletzung eine derartige sein sollte, daß sich der Widerruf der Bestellung nötig macht. Aber auch in diesem Falle führt einen event. von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreit gegen das Vorstandsmitglied der Aufsichtsrat, und zwar gemäß § 247, 1 HGB.

Im allgemeinen gilt alles das über die Aktiengesellschaft bisher Gesagte nach § 326, 2 auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.[11])

---

[9]) Bei Mugdan S. 594.

[10]) § 236 1 Satz 2.

[11]) s. aber § 326 Abs. 1 Satz 2.

Zum Schluß sei noch folgendes bemerkt: Da die aus einer Verbotsverletzung entstehenden Ansprüche der betreffenden Gesellschaft und nicht den einzelnen Gesellschaftern zustehen, so fließt ein auf Grund des Eintrittsrechts oder Schadensersatzanspruchs gezahlter Betrag in die Gesellschaftskasse, kommt also allen Gesellschaftern, selbst dem zugute, der sich der Verbotsübertretung schuldig gemacht hat.[12])

V.

§ 13.

Sonstige Rechte aus der Verbotsübertretung.

Waren die beiden bisher besprochenen aus einer Verbotsübertretung entstehenden „Hauptrechte" in erster Linie dazu geeignet, die durch die Pflichtverletzungen des Gehilfen (Gesellschafters) für den Prinzipal (Gesellschaft) entstandenen Beeinträchtigungen auszugleichen, so wird dem Verletzten auch die Möglichkeit gewährt, den gegen das Verbot handelnden Gehilfen bezw. Gesellschafter an der Begehung weiterer Verstöße zu hindern. Er hat das Recht, auf Unterlassung zu klagen. Dies Recht wird ihm und wurde auch schon unter der Herrschaft des alten Rechts [1]) von der Literatur allgemein zugebilligt, wiewohl im Gesetze selbst eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift fehlt.

In dem Konkurrenzverbot liegt eine obligatio non faciendi und bereits das Reichsoberhandelsgericht [2]) hat sich dahin ausgesprochen, daß jede obligatio non faciendi das Recht einer Unterlassungsklage in sich berge. Voraussetzung der Unterlassungsklage ist natürlich zunächst eine Verbotsübertretung, ferner aber die berechtigte Befürchtung, der Verletzende möchte sich noch weitere Verbotsübertretungen zuschulden kommen lassen. Ob dies anzunehmen ist, wird im Einzelfalle aus dem

---

[12]) Makower Anm. 1 zu § 113.

[1]) Staub S. 255 Anm. 5 zu § 61; Makower S. 205 I zu § 113; Behrend S. 326 Anm. 49.

[2]) ROHG. Bd. 19 S. 138; Wendt bei Endemann S. 260.

Verhalten des Verletzenden zu erkennen sein. Regelmäßig aber wird eine weitere Verbotsübertretung zu befürchten sein, wenn ein verbotener Gewerbebetrieb oder die verbotene Teilnahme an einer Handelsgesellschaft vorliegt. Hat indessen der Zuwiderhandelnde nur ein verbotenes Einzelgeschäft abgeschlossen, so müssen, um die Unterlassungsklage zu rechtfertigen, noch besondre Anzeichen für weitere Verbotsübertretung vorliegen. Die Unterlassungsklage geht, wie schon aus dem Namen hervorgeht, auf Einstellung des Handelsgewerbebetriebs, auf Unterlassung von Einzelgeschäften im Handelszweige, sie kann ferner auch auf Austritt aus der betreffenden Handelsgesellschaft gerichtet sein. Das Urteil, welches die Verpflichtung zur Unterlassung ausspricht, kann unter Umständen nach § 890 ZPO. eine Strafandrohung für jeden weitern Übertretungsfall aussprechen, außerdem kann event. die Bestellung einer Sicherheit gefordert werden. Besonders wichtig ist das Recht, auf Unterlassung zu klagen, dann, wenn der Verletzte zwar wegen bereits vorgekommener Verbotsübertretungen noch keine Ansprüche geltend machen will, indessen künftigen Verstößen vorzubeugen beabsichtigt.

Erwähnt sei noch, daß die Unterlassungsklage unbeschadet der gleichzeitigen Geltendmachung von Schadensersatzanspruch oder Eintrittsrecht angestrengt werden kann.

Hat der durch eine Verbotsübertretung Verletzte ein rechtliches Interesse daran, daß die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser verbotswidriger Handlungen festgestellt wird, so kann er nach § 256 ZPO. eine Feststellungsklage anstrengen. Ja, diese Klage kann sogar bereits dann angestrengt werden, wenn noch gar keine Verbotsübertretung vorliegt,[3]) wenn beispielsweise der Handlungsgehilfe Vorbereitungen für einen eignen Gewerbebetrieb trifft, z. B. Geschäftsräume für ein demnächst zu eröffnendes Geschäft mietet oder wenn ein Gesellschafter mit einer Konkurrenzgesellschaft zwecks Eintritts in dieselbe als persönlich haftender Gesellschafter verhandelt.

Von dem Rechte des Verletzten, zwecks Übersicht des ihm

---

[3]) Staub Anm. 5 zu § 113; Makower I zu § 113.

entstandenen und noch entstehenden Schadens auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung zu klagen, ist schon frühern Orts die Rede gewesen.[4])

Erwähnt sei noch, daß im voraus für jeden Fall der Verbotsübertretung die Zahlung einer Konventionalstrafe vereinbart werden kann. Diese Konventionalstrafe kann dann der Verletzte einfordern, ohne auf seinen Anspruch Ersatz von weiter entstandenen Schaden zu verlangen, verzichten zu müssen. Ist die Konventionalstrafe im Verhältnis zu dem entstandenen Schaden zu hoch, so trifft sie das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB., soweit dies nicht im Falle des § 348 HGB. ausgeschlossen ist.

Falls nun eine dem Konkurrenzverbot unterworfene Person sich eine Verbotsübertretung zuschulden kommen läßt, kann unter Umständen das zwischen ihr und Verletzten bestehende Vertragsverhältnis wegen Zusammenbruchs des gegenseitigen Vertrauens eine so schwere Erschütterung erleiden, daß seine Auflösung unumgänglich sein wird.

Für einen solchen Fall wird zunächst dem Handlungsgehilfen neben der gewöhnlichen Kündigung die sofortige Entlassung angedroht und zwar gewährte bereits das alte Handelsgesetzbuch als Ergänzung der Rechte aus Art. 59/65 die Möglichkeit einer sofortigen rechtlichen Aufhebung des Dienstverhältnisses in Art. 62/64. So bestimmt denn auch § 70 HGB.:

> „Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt."

Als ein wichtiger Grund ist es nach § 72,1 anzusehen, wenn der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt, aber nur sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen. Bei einer geringfügigen Verbotsüberschreitung wird daher eine sofortige Entlassung nicht angängig sein, da in diesem Falle ein Umstand vorliegt, der eine andere Beurteilung rechtfertigt,[5]) während bei einer einiger-

---

[4]) § 9 S. 44.

[5]) ROHG. Bd. 19 S. 115.

maßen bedeutenden Übertretung die sofortige Entlassung immer stattfinden kann.[6])

Die sofortige Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, für welche die Bestimmung des § 130 BGB. gilt.

Da nun die sofortige Entlassung des Gehilfen den Prinzipal in den meisten Fällen schädigen wird — er wird beispielsweise zum Zwecke eines neu zu engagierenden Gehilfen Insertions- und Vermittlungsgebühren bezahlen, dem neuen Gehilfen höheren Gehalt zahlen müssen, oder der neue Gehilfe wird, weil mit dem neuen Handelszweige noch nicht genügend betraut, den an ihn gestellten Anforderungen noch nicht sofort genügen können —, so bestimmt § 70,3 für den Fall, daß die Kündigung durch das vertragswidrige Verhalten des Gehilfen veranlaßt wird, daß der Gehilfe dann zum Ersatze des durch die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet ist. „Vertragswidrig" ist das Verhalten des Gehilfen dann, wenn es subjektiv und objektiv widerrechtlich ist,[7]) während nach Makower unter „veranlassen" nur „vorliegen" zu verstehen ist. Nach § 254 BGB. in Verbindung mit § 287 ZPO. wird für den Fall, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Prinzipals mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den einzelnen Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Schaden vom Gehilfen oder Prinzipal verursacht worden ist. Auf jeden Fall hat aber der Gehilfe dem Prinzipal den Schaden, welcher durch die vorzeitige Entlassung entstanden ist, nur bis zu der Zeit zu ersetzen, in welcher dem Gehilfen die Lösung des Dienstverhältnisses rechtlich möglich war.[8]) So viel über das Dienstverhältnis zwischen Prinzipal und Gehilfen.

Den Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft kann die Bestellung nach § 231 HGB. jederzeit entzogen werden und zwar „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung". Wie es sich aber in dem Falle verhält, daß einem

---

[6]) ROHG. Bd. 16 S. 290.
[7]) Staub zu § 70 Abs. 2.
[8]) Planck § 629.

Vorstandsmitglied die Vorstandschaft wegen Übertretung des Konkurrenzverbots entzogen wird, darüber schweigt das Handelsgesetzbuch. Es werden deshalb, da auch hier ein Dienstvertrag vorliegt, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung zu bringen sein. Wird demnach dem Vorstandsmitgliede nach § 626 BGB. wegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt, dann wird es keine Kündigung mehr zu beanspruchen haben. Im Gegenteil, in einem solchen Falle wird das Vorstandsmitglied, wie der Gehilfe dem Prinzipal, der Aktiengesellschaft den durch seine Kündigung entstandenen Schaden ersetzen müssen. Hierbei sei gleich erwähnt, daß sich die Vorstandsmitglieder bei einer Übertretung des Konkurrenzverbots im einzelnen Falle noch der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen können. Denn § 312 HGB. bestimmt:

> „Mitglieder des Vorstandes, Aufsichtsrates oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln, mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu 20000 Mark bestraft."

Für die offene Handelsgesellschaft bestimmt § 103,4 HGB.:

> „Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt."

Es kann also von jedem Gesellschafter der Antrag auf Auflösung der Gesellschaft auch dann noch gestellt werden, wenn bereits Schadensersatzanspruch oder Eintrittsrecht geltend gemacht worden ist und die Verbotsübertretung damit ihre Sühne gefunden hat. Gleichzeitig bestimmt aber § 133 HGB., daß dem Antrage auf Auflösung nur im Falle des Vorliegens eines triftigen Grundes stattgegeben wird; als triftiger Grund würde schon die durch die Verbotsübertretung hervorgerufene Vertrauenserschütterung anzusehen sein. Wird dem Antrage stattgegeben, so erfolgt die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung. An Stelle der Auflösung kann aber auf Antrag aller Gesellschafter nach § 140 HGB. durch das Gericht die Ausschließung des Zuwiderhandelnden ausgesprochen werden, auch kann in weniger ernsten Fällen dem Gesellschafter gemäß §§ 117, 127 HGB. auf Antrag der

übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung die Befugnis zur Geschäftsführung, sowie die Vertretungsmacht entzogen werden. — Besteht eine Gesellschaft nur aus 2 Gesellschaftern, so kann der „andere“ Gesellschafter auf seinen Antrag gemäß § 142 HGB. vom Gericht für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Alle diese Bestimmungen gelten nach §§ 161,2, 330,1 HGB. entsprechend auch für die Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien; also auch bei diesen Gesellschaften ist Auflösung und Ausschließung eines Gesellschafters möglich, falls die Übertretung eine wichtige ist. Die Komplementäre der Aktien-Kommanditgesellschaft unterliegen eventuell auch den Strafbestimmungen wie die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft.[9])

Schließlich sei auch hier nochmals die am Schlusse von § 2 erwähnte für alle durch einen Dienstvertrag verpflichteten Personen des Handelsstandes geltende strafrechtliche Bestimmung des Reichsgesetzes vom 27. 5. 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes in Erinnerung gebracht, welche in gewisser Beziehung die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Konkurrenzverbote ergänzt.

VI.

§ 14.

Einwilligung und Genehmigung.

Die Folgen einer Verbotsübertretung — so geht aus dem Wortlaut der §§ 60, 112, 236, 326 HGB. hervor — treffen nur dann den Verletzenden, wenn er die betreffenden Geschäfte im Handelszweige oder den Handelsgewerbebetrieb „ohne Einwilligung“ des Prinzipals bezw. der Gesellschaft vornahm oder wenn er sich ohne diese Einwilligung an einer Konkurrenzgesellschaft beteiligte. Gestatten dagegen die Interessenten, deren

[9]) s. § 320 Abs. 3 HGB.

Schutz das Verbot bezweckt, selbst den Wettbewerb der dem Verbote unterworfenen Personen, so hat das Gesetz keine Veranlassung einzugreifen. „Einwilligung“ darf nicht mit „Genehmigung“ verwechselt werden. Denn während das alte Handelsgesetzbuch diese beiden Begriffe ohne Unterschied nebeneinander gebrauchte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch hier eine scharfe Terminologie geschaffen. Nach § 183, 184 BGB. ist unter „Einwilligung“ die vorherige, unter „Genehmigung“ die nachträgliche Zustimmung — Zustimmung ist der beide Begriffe umfassende Ausdruck — zu verstehen. Wenn nun beispielsweise dem Prinzipal nach § 60 HGB. das Recht der Einwilligung in die von seinem Handlungsgehilfen vorzunehmenden Konkurrenzgeschäfte zusteht, so steht es ihm auf der anderen Seite auch frei, den ohne seine Einwilligung vorgenommenen Konkurrenzgeschäften nachträglich zuzustimmen, sie also zu genehmigen. Die Genehmigung stellt sich dann als Verzicht auf die Ansprüche aus der Verbotsübertretung dar. Wenn von nun an lediglich von der Einwilligung gesprochen werden wird, so sei gleich an dieser Stelle bemerkt, daß sich die Frage der Beurteilung der Genehmigung nach den allgemeinen über die Einwilligung geltenden Vorschriften richtet.

Bei Erteilung der Einwilligung kommt in Betracht, ob in ein Handelsgewerbe oder in einzelne Konkurrenzgeschäfte eingewilligt werden soll; für ein Handelsgewerbe wird eine einmalige Einwilligung genügen, während jedes der einzelnen Konkurrenzgeschäfte der besonderen Einwilligung bedarf, es müßte denn sein, daß aus der Art der Einwilligungserteilung für das erste Geschäft auch auf die Einwilligung in die späteren Geschäfte zu schließen ist.

Die Frage, wer im einzelnen Falle die Einwilligung zu erteilen hat, ist natürlich verschieden zu beantworten. Die Einwilligung für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge erteilt entsprechend der Bestimmung des Art. 59 alten Handelsgesetzbuchs nach § 60,2 HGB. der Prinzipal, es genügt indessen auch die Einwilligung eines Prokuristen; ob auch die Einwilligung eines Handlungsbevollmächtigten genügt, ergibt sich aus § 54 HGB., es wird die Einwilligungserteilung im Rahmen seiner Voll-

macht liegen müssen. Ist der Prinzipal eine Gesellschaft, liegt die Einwilligungserteilung, da sie sich zweifellos als „Handlung charakterisiert, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt", in den Händen der Gesellschaftsvertreter, also bei der offenen Handelsgesellschaft in den Händen der vertretungsberechtigten Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft und derjenigen auf Aktien der Komplementäre, bei der Aktiengesellschaft des Vorstandes.

Dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft erteilen die „anderen Gesellschafter" ihre Einwilligung (112 HGB.). Falls also auch nur einer von ihnen seine Einwilligung versagt, sei er nun mit der Geschäftsführung betraut oder nicht, so gilt die Zustimmung als nicht erfolgt. Dasselbe gilt nach § 161, 2 entsprechend für die Kommanditgesellschaft; hier erteilen also nicht nur die Komplementäre, sondern auch die Kommanditisten ihre Einwilligung.[1])

Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien bestimmt § 326:

> „Die Einwilligung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugnis zur Erteilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen ist, durch die Generalversammlung erteilt."

Auch bei dieser Gesellschaft wirken also die Kommanditisten bei der Einwilligungserteilung insofern mit, als sie an der Beschlußfassung in der Generalversammlung teilnehmen oder dem Aufsichtsrat die Befugnis zur Einwilligungserteilung übertragen.

Für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft endlich gilt nach § 236 folgendes:

> „Die Einwilligung wird durch dasjenige Organ der Gesellschaft erteilt, welchem die Bestellung des Vorstands obliegt."

In der Regel wird also der Aufsichtsrat zu entscheiden haben, doch ist es auch möglich, daß durch Statutsbestimmung die Entscheidung in Händen der Generalversammlung oder der

---

[1]) Puchelt-Förtsch Art. 158 N. 4.

übrigen Vorstandsmitglieder liegt. Wird der Vorstand von einem Dritten bestellt, dann hat dieser Dritte nicht das Recht der Einwilligungserteilung, da er kein „Organ der Gesellschaft" ist, vielmehr wird in diesem Fall die Einwilligung von der Generalversammlung zu erteilen sein.[2])

Was die Form der Einwilligungserteilung anbetrifft, so verlangte das allgem. preuß. Landrecht,[3]) die Einwilligung müsse eine ausdrückliche sein, widrigenfalls der Gehilfe in Anspruch genommen werden könnte. Schon der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten[4]) sah hiervon ab, es genügte vielmehr, wenn aus den Umständen die Genehmigung des Prinzipals zu erkennen war.

Im Handelsgesetzbuch ist die Erteilung der Einwilligung schon durch konkludente Handlung möglich, und öfters wird schon dann der Gehilfe (bezw. Gesellschafter) auf die Einwilligung seines Prinzipals (bezw. seiner Gesellschaft) schließen können, wenn dieser die Konkurrenzgeschäfte, von deren Vornahme er vorher vom Gehilfen in Kenntnis gesetzt worden ist, stillschweigend mit ansieht. Denn — so bemerkt Staub[5]) hierzu — der Prinzipal würde dolos handeln, wenn er den Gehilfen zu Aufwendungen für ein Geschäft veranlaßte, welches er nicht genehmigen würde. Andererseits wird aber, falls der Prinzipal von bereits abgeschlossenen Geschäften seines Gehilfen erfährt, dann noch nicht aus seinem vorläufigen Stillschweigen auf seine Genehmigung ohne weiteres geschlossen werden können. Denn er hat ja ebenso wie die Gesellschaft eine dreimonatige Erklärungsfrist.[6]) Im übrigen wird man bei Beurteilung der Frage, ob im Stillschweigen eine Einwilligung zu erblicken ist, auch den Fall des § 346 HGB. nicht außer Acht lassen dürfen und allgemein sagen müssen, daß Stillschweigen nur dann genügen wird, wenn nach Lage der Sache zur Verweigerung der Ein-

---

[2]) Makower § 236 II.
[3]) Teil 2 Titel 8 § 523.
[4]) Art. 46.
[5]) Anm. 9 S. 353.
[6]) Staub S. 254.

willigung eine ausdrückliche Erklärung zu erwarten gewesen wäre.[7])

Lediglich in einem Falle bewirkt das Schweigen, ja sogar das Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung regelmäßig die Aufhebung der Geltung des Konkurrenzverbots. Denn § 60 Abs. 2 bestimmt:

> „Die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt und der Prinzipal nicht ausdrücklich die Aufgabe des Betriebs vereinbart."

Es ist dies einer der wenigen Fälle des Gesetzes, in welchem eine praesumtio iuris et de iure vorliegt.[8]) Auf welche Weise der Prinzipal Kenntnis vom Bestehen des Handelsgewerbebetriebes erlangt hat, ist gleichgültig. Es genügt, daß ihm die verbotswidrige Tatsache bekannt war, hingegen genügt das bloße „Kennenmüssen" nicht. Liegt in dem Handelsgewerbebetrieb des Prinzipals die Anstellung der Gehilfen einem Vertreter ob, so ist dessen Kenntnis vom Gewerbebetrieb des Gehilfen maßgebend.[9])

Eine ähnliche praesumtio iuris et de iure wie die des § 60,2 HGB. stellt § 112,2 für den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft auf:

> „Die Einwilligung zur Teilnahme an einer andern Gesellschaft gilt als erteilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt und gleichwohl die Aufgabe dieser Beteiligung nicht ausdrücklich bedungen wird."

Diese Präsumption des § 112.2 HGB. gilt nach § 161,2 HGB. entsprechend für die Kommanditgesellschaft, nicht aber für die

---

[7]) Goldmann S. 295.

[8]) Goldmann S. 299; vgl. aber die Ansichten Staubs und die von Düringer-Hachenburg, welche hier von einer Fiktion und nicht von einer Präsumption sprechen.

[9]) § 166, 1 BGB.

Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft. Staub[10]) führt zu §§ 236, 326 HGB. aus, daß die Einwilligung als erteilt gelten könne, wenn beim Engagement des Vorstands bekannt sei, daß derselbe ein Handelsgewerbe betreibe. Der bei der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft zur Erteilung der Einwilligung stets notwendige Beschluß liege dann eben gleich mit in dem Beschluß, der über das Engagement gefaßt werde.

Kann die einmal erteilte Einwilligung zurückgenommen werden? Lehmann-Ring[11]) sind der Ansicht, die vorbehaltlos erteilte Einwilligung könne nicht widerrufen werden und folgern dies aus § 183 BGB., nach welchem das Kausalgeschäft (Dienstverhältnis) unwiderruflich sei. Auch Staub[12]) ist im wesentlichen der Ansicht von Lehmann-Ring und führt im einzelnen zu dieser Ansicht aus: „Es ergibt sich wenigstens kein gesetzlicher Anhalt dafür, daß die einmal erteilte Einwilligung zurückgenommen werden kann. Im Gegenteil läßt § 60 Abs. 2 auf die Unwiderruflichkeit schließen. Aus § 183 BGB. folgt das Gegenteil nicht, weil es sich dort um solche Konsense handelt, die zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften erforderlich sind, um solche handelt es sich hier aber nicht.“ Im Anschluß an Lehmann-Rings und Staubs Ansichten können wir als allgemeine Grundsätze aufstellen, daß die zum Betriebe eines Handelsgewerbes erteilte Einwilligung unwiderruflich ist. Dies entspricht auch der Billigkeit, da durch den Widerruf, besonders dann, wenn der Gewerbebetrieb bereits eröffnet ist, und deshalb meist dauernde, nicht ohne Verlust zu beseitigende Anstalten vorhanden sein werden,[13]) leicht eine schwere Schädigung des durch ihn betroffenen Gehilfen (bezw. Vorstandsmitglieds) hervorgerufen werden könnte. Aber selbst dann, wenn es sich nur um einzelne Konkurrenzgeschäfte handelt, wird wohl meistens ein Widerruf der erteilten Einwilligung als unbillig für ausgeschlossen zu erachten sein.

---

[10]) S. 712.
[11]) § 60 Anm. 2.
[12]) § 60 Anm. 9.
[13]) Makower Anm. 2 zu § 60.

VII.

§ 15.

Verjährung der Ansprüche auf Schadensersatz und aus dem Eintrittsrecht.

Da das alte Handelsgesetzbuch keine besondern Bestimmungen für die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals enthielt, so fanden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung. Somit verjährten die Ansprüche des Prinzipals in 30 Jahren, und zwar vom Augenblicke der Rechtsverletzung ab, da dies der Zeitpunkt der actio nata ist.[1]) Dagegen unterwarf das alte Handelsgesetzbuch die Ansprüche auf Schadensersatz und aus dem Eintrittsrecht gegen persönlich haftende Gesellschafter[2]) und Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft[3]) einer Ausschlußfrist von 3 Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme. Das Handelsgesetzbuch, das von der Erwägung ausgeht, daß es mit dem billigen Ermessen in Widerspruch stehen würde, wenn der Gehilfe allzulange darüber im unklaren bleiben müßte, ob und in welchem Umfang der Prinzipal seine Rechte aus der Verbotsübertretung ausüben würde,[4]) unterwirft alle Ansprüche, auch die des Prinzipals, auf Schadensersatz und aus dem Eintrittsrecht einer Verjährungsfrist von 3 Monaten bezw. 5 Jahren; je nachdem die durch die Verbotsübertretung betroffenen Personen von der Übertretung Kenntnis erlangt haben oder nicht. Und zwar beginnt die Frist von 3 Monaten im Momente der Kenntnis und nicht erst mit Schluß des Jahres der Erlangung der Kenntnis. Der Ausnahmefall des § 201 BGB. wird also hier keine Anwendung finden können. Nun können auch nach Kenntnis des durch die Verbotsübertretung Betroffenen vom Abschluß verbotener Geschäfte oder von der Teilnahme an einer andern Handelsgesellschaft aus

---

[1]) Sick S. 70.

[2]) a. HGB. Art. 97 Abs. 2; 157 Abs. 2, 196a Abs. 2.

[3]) Art. 232.

[4]) Denkschrift S. 37.

demselben Rechtsverhältnisse neue Ansprüche entstehen. Die Frage, ob für diese neuen Ansprüche die Verjährungsfrist von neuem laufen oder ob 3 Monate nach der Kenntnis vom Geschäftsabschluß oder der verbotenen Teilnahme jeder weitere Anspruch ausgeschlossen sein soll, beantwortet die Denkschrift[5]) folgendermaßen: „Als verjährt können selbstverständlich immer nur diejenigen Ersatzansprüche gelten, welche vor mehr als 3 Monaten entstanden waren. Dies bezieht sich auch auf den Ersatzanspruch, der aus der Beteiligung eines Gesellschafters bei einer andern Gesellschaft hergeleitet wird; ein Einwand gegen weitere Ersatzansprüche wird daher durch den Ablauf der Frist von 3 Monaten seit der Kenntnis der übrigen Gesellschafter nicht begründet.“ Die Denkschrift stellt sich hier auf den richtigen Standpunkt, daß kein Anspruch vor seiner Entstehung verjähren kann.[6])

Die Frist von 3 Monaten ist, wie wiederholt angedeutet, eine Verjährungsfrist und nicht etwa eine Präklusiv- oder Ausschlußfrist wie diejenige des Art. 97 a. HGB., was aus dem Worte „erlischt“ hervorging. Als Verjährungsfrist unterliegt daher die Frist von 3 Monaten den Grundsätzen der §§ 198, 202—225 BGB.[7]) Der Unterschied zwischen Verjährungs- und Präklusivfrist wird übrigens dann praktisch wichtig, wenn beispielsweise der Gehilfe dem Prinzipal nach Ablauf der Verjährungsfrist auf dessen Verlangen Schadensersatz geleistet hat. Der Gehilfe kann, da eine Verjährungsfrist vorliegt, nicht mehr wie früher das Geleistete vom Prinzipal zurückverlangen.[8])

Die Frist von 5 Jahren, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis der durch die Verbotsverletzung betroffenen Personen läuft, beginnt mit dem Tag des Geschäftsabschlusses bezw. des Anfangs der verbotenen Teilnahme.

---

[5]) bei Mugdan S. 289.

[6]) vgl. auch Staub zu § 113; Makower zu § 113.

[7]) Makower Anm. III zu § 61; Gareis Anm. 6 zu § 61; Behrend S. 497.

[8]) Tischbein S. 73.

Im einzelnen bestimmt § 61 Abs. 2 HGB.:

„Die Ansprüche verjähren in 3 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluß des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 5 Jahren vom Abschluß des Geschäfts an."

Maßgebend ist die Kenntnis des Prinzipals. Kenntnis des Prokuristen genügt nicht, wohl aber würde die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters als Kenntnis des Prinzipals aufzufassen sein.[9]) Ist der Prinzipal eine Gesellschaft, so kommt es auf die Kenntnis der Gesellschaftsvertreter an.[10]) Da § 61 Abs. 2 HGB. nichts darüber sagt, wann die Verjährungsfrist für den Fall beginnt, daß der Gehilfe ein Handelsgewerbe betreibt, überhaupt von einer solchen Verjährungsfrist schweigt, so könnte man auf die Meinung kommen, für den Fall des Handelsgewerbebetriebs greife die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren Platz. Indessen wird man anzunehmen haben, daß das Gesetz hier eine Lücke aufweist, die nur durch die analoge Anwendung des § 236 HGB. ausgefüllt werden kann, und auch für den Fall des Gewerbebetriebs die kurzen Verjährungsfristen wie nach §§ 113, 3, 236, 3, 326, 3 in Anwendung bringen dürfen, indem man von der Erwägung ausgeht, daß das Gesetz im übrigen den Gehilfen einerseits und den persönlich haftenden Gesellschafter und das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft anderseits gleich behandelt, und es nicht einzusehen ist, weshalb in diesem Falle der Gehilfe durch Verlust der 3monatlichen Verjährungsfrist schlechter gestellt sein sollte als jene Personen. Bei der Festsetzung des Verjährungsbeginnes hat nun der Gesetzgeber offenbar den Ausdruck „Kenntnis vom Betriebe eines Handelsgewerbes" vermeiden wollen, weil ein Handelsgewerbe aus einer Reihe von Einzelgeschäften besteht und für jedes derselben die 3monatliche Verjährung gesondert laufen soll.[11])

Für die offene Handelsgesellschaft bestimmt § 113 Abs. 3

---

[9]) Staub Anm. 9 zu § 61.
[10]) Lehmann-Ring N. 5 zu § 61.
[11]) Lehmann-Ring N. 5 zu § 61.

HGB. (entsprechende Bestimmungen enthalten die §§ 236, 3, 326, 3 HGB.:

> „die Ansprüche verjähren in 3 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschluß des Geschäftes oder von der Teilnahme an der andern Gesellschaft Kenntnis erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 5 Jahren von ihrer Entstehung an."

Bei der offenen Handelsgesellschaft entscheidet also die Kenntnis aller Gesellschafter, gleichgültig ob sie mit der Geschäftsführung betraut sind oder nicht. Die Fassung des Art. 97 a. HGB., nach welcher die „Kenntnis der Gesellschaft" erfordert wurde, ist deshalb nicht beibehalten worden, weil man aus ihr nicht erkennen konnte, ob die Kenntnis aller Gesellschafter [12]) oder nur die eines geschäftsführenden Gesellschafters nötig war. [13])

Auch bei der Kommanditgesellschaft wird die Kenntnis aller Gesellschafter, also auch die der Kommanditisten erfordert, während bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrat und schließlich bei der Aktiengesellschaft die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrat Kenntnis haben müssen. In der Literatur herrscht über die Fixierung des Zeitpunktes Streit, in welchem die Kenntnis des Aufsichtsrates hergestellt ist, ob insbesondere zu dieser Herstellung bereits Kenntnis eines Aufsichtsratsmitgliedes genehmigt oder ob sämtliche Mitglieder um die betreffende Tatsache wissen müssen. Erstgenannte Ansicht vertritt Makower [14]), der speziell hierzu ausführt: „Da die Rechtssprechung allgemein dazu neigt, die Kenntnis einer Gesellschaftsbehörde selbst dann als vorhanden anzusehen, wenn nur eins der einzel- oder gesamtvertretenden Mitglieder private Kenntnis erlangt hat, so wird dasselbe wohl auch hier anzunehmen, mithin die Kenntnis auch nur eines Aufsichtsratsmit-

---

[12]) Behrend S. 497.

[13]) v. Hahn § 4 zu Art. 97; Staub § 4 zu Art. 97.

[14]) S. 507.

glieds als genügend anzusehen sein.“ Während sich Lehmann-Ring [15]) Makowers Ansicht mit dem Bemerken anschließen, daß „der Wissenszustand eines Gesellschaftsorgans bereits durch das Wissen eines seiner Mitglieder hergestellt werde“ und sich speziell auf § 28, 2 BGB. und § 232, 1 HGB. beziehen, vertritt Behrend [16]) die entgegengesetzte Anschauung und verlangt Kenntnis des Aufsichtsrats in seiner Gesamtheit. Eine Mittelansicht vertreten die Motive zum preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs [17]), indem sie die Kenntnis eines einzigen Mitglieds nicht für genügend erachten, vielmehr ausführen: „Jedenfalls würde es zu weit gehen, wenn gefordert würde, daß alle Aufsichtsratsmitglieder den Abschluß erfahren haben, vielmehr wird es für ausreichend zu erachten sein, daß eine zur Beschlußfassung genügende Anzahl derselben den Abschluß kannte, da solchenfalls der Aufsichtsrat in der Lage war, von dem der Gesellschaft beigelegten Rechte Gebrauch zu machen.“

Im Gegensatz zu allen diesen Ansichten spricht sich die herrschende Meinung, die besonders von Staub vertreten wird, dahin aus, daß nur dann von einer Kenntnisnahme seitens des Aufsichtsrats die Rede sein kann, wenn er als solcher, also in offizieller Eigenschaft, z. B. durch Mitteilung in einer Aufsichtsratssitzung oder durch ein Rundschreiben Kenntnis erlangt hat.[18]) Deshalb wird also eine private Kenntnisnahme von Aufsichtsratsmitgliedern nicht genügen.

---

[15]) S. 443.
[16]) S. 849.
[17]) S. 208.
[18]) Staub Anm. 10 zu § 236.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.